Léa RUDLOFF

Mémoire rédigé sous la direction de Monsieur Adrien BOUVEL

Le consommateur trompé par les marques de produits et services

Etude menée à la lumière du droit français, allemand et européen

MASTER II Recherche – Droit européen et international de la propriété intellectuelle

Promotion 2013-2014

L’Université de Strasbourg n’entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent tout d'abord à Monsieur Adrien Bouvel pour avoir accepté de diriger mon mémoire de recherche et pour m'avoir orienté dans le choix de mon sujet.

Je tiens également à remercier l'ensemble de l'équipe du CEIPI pour sa disponibilité et sa bienveillance tout au long de cette année universitaire enrichissante.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE – LA MISE EN EVIDENCE DE LA TROMPERIE DU CONSOMMATEUR EN MATIERE DE MARQUE

1er Chapitre - L'apparition de la tromperie par la marque (*la tromperie théorique*)

Section 1. Approche juridique de la tromperie

Section 2. Application de la tromperie à la marque

2ème Chapitre - La mise en œuvre de l'acte de tromperie par la marque (*la tromperie pratique*)

Section 1. La marque elle-même trompeuse

Section 2. L'utilisation trompeuse de la marque

DEUXIEME PARTIE - LES MOYENS DE TRAITEMENT DE LA TROMPERIE APPLIQUEE A LA MARQUE EN VUE DE PROTEGER LE CONSOMMATEUR

1er Chapitre – La potentialité du droit des marques

Section 1. Une potentialité avortée

Section 2. Une potentialité mort-née

2ème Chapitre - La prépondérance du droit de la consommation et de la concurrence déloyale

Section 1. Le consommateur bénéficiaire de protection

Section 2. Le consommateur auteur de sa protection

LISTE DES ABREVIATIONS

ADPIC : Accords de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce

Aff. : Affaire

AJ: Actualités juridiques

Ann. propr. ind.: Annales de la propriété industrielle

Art. : Article

BeckOK: Bech'scher Online-Kommentar

BEUC : Bureau européena des unions de consommateurs

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch

Bull.: Bulletin

C.A : Cour d'appel

C.Cass : Cour de Cassation

CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes

CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne

C.com : Code de commerce

CPI : Code de propriété intellectuelle

D : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey

DGCCRF : Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

DMPA: Das deutsche Marken- und Patentamt

EuGH: Der Gerichtshof der Europäischen Union

EuZW: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

GRUR : Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht

INPI : Institut nationale de la propriété intellectuelle

Int.: International

J.O : Journal Officiel

Juris-class.: JurisClasseur

L.: Loi

MarkenG: Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen

obs. : Observations, commentaires doctrinaux

OHMI: Office de l'harmonisation du marché intérieur

OMPI : Office mondial de la propriété intellectuelle

P. : Page

Para. : Paragraphe

R. : Règlement

Rec. : Recueil de la Cour de Justice des Communautés Européennes

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

Rep. proc. pen. : Répertoire de procédure pénale Dalloz

RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil Sirey

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial Sirey

RTD eur. : Revue trimestrielle de droit européen Sirey

StGB : Strafgesetzbuch

TCE : Traité des Communautés Européennes

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne

TIC : Technologies de l'information et des communications

TPICE : Tribunal de première instance des Communautés européennes

TPUE : Tribunal de première instance de l'Union Européenne

Trav. Capitant : Travaux de l'Association Henri Capitant

TUE: Traité sur l'Union Européenne

UWG : Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

INTRODUCTION

« *Le commerce est l'école de la tromperie* »

Luc de Clapiers, Marquis de Vauvenargues, Réflexions et maximes, 1746.

Ainsi, selon Vauvenargues, toute activité commerciale impliquerait une duplicité : d'un côté le vendeur rusé, de l'autre, l'acheteur crédule. Cette expression semble fondée lorsque l'on songe stratégies élaborées pour nous faire désirer des biens de consommation accessoires, voire inutiles.[1]
Partant de ce postulat, il semblerait alors que l'activité commerciale, consistant en l'achat ou la vente de produits ou services, soit inexorablement destinée à ne pas dire rien que la vérité, toute la vérité sur ce qu'elle commercialise et cultive ainsi une part de mensonge destinée à tromper ceux à qui elle s'adresse.
C'est à cette part d'ombre de l'activité commerciale que nous nous intéresserons tout particulièrement, en mettant en lumière la relation entre deux acteurs principaux : la marque et le consommateur. Ce mémoire de recherche traitera ainsi du consommateur trompé par les marques de produits et services.

Il est tout à fait possible d'assimiler la relation marque-consommateur à une relation interpersonnelle. Cette comparaison a par ailleurs déjà été établie par Susan Fournier, Professeur à l'Université de Boston à travers ses travaux sur le *Brand Relationship Quality (BRQ)*, où elle assimilait la relation marque-consommateur à une relation de couple, comprenant ainsi une forte dimension affective et émotionnelle. [2]
En suivant cette image, notre réflexion se situe donc au moment où un point de rupture entre la marque et le consommateur est atteint, lorsque l'un a trompé l'autre. Toutefois, il convient de revenir en arrière pour se retrouver aux prémices de la relation marque/consommateur, en présentant tout d'abord la rencontre de la marque avec le consommateur, puis l'établissement de leur relation à travers le lien créé les unissant de façon pérenne l'un à l'autre.

[1] Blog Gazette littéraire, http://www.gazettelitteraire.com/article-le-commerce-est-il-l-ecole-de-la-tromperie-vauvenargues-89862693.html
[2] Voir Annexe n°1 « Schéma illustratif du Brand Relationship Quality (BRD) ».

-La rencontre de la marque avec le consommateur

Notre premier acteur principal que constitue la marque tient une place significative dans la sphère économique. Cette importance se constate par le nombre croissant de demandes de dépôts d'enregistrements de marque auprès de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle, effectués en 2012, s'élevant à 335 304.[3] La solution du recours à une marque pour une entreprise n'est pas une obligation, mais semble tout de même être plébiscitée au regard de ce constat.

Cette importance se traduit également en termes de valeur financière. Une marque peut en effet valoir des milliards de dollars, comme c'est le cas pour la marque « Google », dont la valeur est estimée à plus de 158 milliards de dollars et reconnue désormais comme la marque la plus valorisée au monde.[4] Ainsi, la marque détient une valeur économique considérable. Elle constitue d'une part, un actif immatériel qui accroit la valeur d'un fonds de commerce figurant à son bilan comptable, d'autre part, elle peut faire l'objet de contrats d'exploitation, tels que des cessions ou des licences.

Mais l'importance de la marque dans l'activité économique transparaît aussi par la place essentielle qu'elle occupe actuellement dans notre société de consommation. Comme le disait si bien William Beveridge : « *la fin matérielle de toute activité humaine est la consommation* »[5]. Notre société est donc basée sur l'incitation à l'acquisition de biens et services de façon toujours plus abondante, à tel point que l'on peut désormais parler de « consommation de masse » pour certaines catégories de produits. [6]

Il convient de rappeler que notre société de consommation s'est développée en partie grâce au progrès technique, généré par l'innovation et la création, engendrant une croissance économique dans les pays industrialisés.[7] La société de consommation s'accompagne donc nécessairement de l'encouragement à l'innovation et à la créativité. Il est possible de garantir l'efficacité de cette innovation et de cette création par l'effectivité des protections. En effet, elles sont toutes deux encouragées car elles font l'objet d'un système de protection, notamment par les droits de propriété intellectuelle considérés comme de véritables instruments de concurrence.[8] La notion de « propriété » tout comme celle d'« effort créatif » sont au cœur par la propriété intellectuelle : les droits qui en sont issus, se définissent comme des « *droits exclusifs d'exploitation portant sur une*

[3] Chiffre fourni par les statistiques de l'OMPI http://www.wipo.int/ipstats/fr/statistics/country_profile/countries/fr.html
[4] Selon l'étude « 2014 BrandZ Top 100 » menée par le cabinet Millward Brown, Google aurait en effet dépassé Apple en termes de valeur de marque.
http://www.millwardbrown.com/locations/france/actualites/communiquesdepresse/communiquesdepresse/14-05-20/Google_Overtakes_Apple_to_Become_the_2014_BrandZ%E2%84%A2_Top_100_Most_Valuable_Global_Brand.aspx
[5] *Beverdige, W.*, Full employment in a free society (Du travail pour tous dans une société libre), préface (1944).
[6] *Gaumont-Prat, H.*, UE : la Commission propose des mesures pratiques pour lutter contre la contrefaçon et le piratage, Propriété industrielle n° 11, alerte 150.
[7] *Schumpeter, J.*, à propos de la théorie des grappes d'innovation développée dans la « Théorie de l'évolution économique » (1911).
[8] *Azéma, J., Galloux, J-C,* Droit de la propriété industrielle, p.2 para.3.

création de l'esprit »[9], permettant au titulaire de jouir, d'user et de disposer de son bien intellectuel immatériel, tout en lui garantissant une exclusivité d'exploitation, excluant une quelconque utilisation par des tiers. La propriété intellectuelle est constituée d'une part de la propriété littéraire et artistique et d'autre part par la propriété industrielle, à laquelle nous nous intéresserons ici tout particulièrement, puisque cette dernière englobe le droit des marques.

Le droit des marques, en tant que droit de propriété intellectuelle, est partie intégrante de la société de consommation. Le droit des marques est un droit visant à protéger des signes distinctifs, mais n'est pas un droit ayant pour objet de récompenser un travail de création ou de divulgation, comme c'est le cas des autres droits de propriété industrielle, tels que les dessins et modèles et les brevets.[10] C'est pourquoi il est possible de le considérer comme un droit d'occupation[11] et ainsi de faire du droit des marques, un droit de propriété industrielle à part entière. Il s'agit d'un droit de propriété conférant au titulaire de la marque un droit exclusif sur un signe en lui donnant le droit d'exploiter ce signe, mais aussi de s'opposer à ce que tout concurrent utilise le même signe pour désigner un produit semblable.[12]

La marque appartient donc à cette famille des signes distinctifs et porte donc sur un signe, qui permet à un commerçant de différencier ses produits ou services de ceux de ses concurrents.[13] Les signes distinctifs ne sont pas des créations de l'esprit proprement dite, mais se conçoivent essentiellement à travers leur fonction d'identification et de distinction.[14] Nous nous intéresserons ici tout particulièrement aux marques de produits et services. La première servant à désigner les produits d'une fabrique ou d'un commerce, la seconde désignant la prestation d'un service.[15]

On se rend compte que la marque s'inscrit par essence dans un environnement économique, tout opérateur d'un marché cherchant inévitablement à se distinguer de son concurrent, afin d'attirer le plus grand nombre de consommateurs dans une logique d'éternelle recherche de profits. Dans cette mesure, la marque constitue un outil stratégique majeur pour les entreprises, leur permettant de se démarquer de leurs concurrents.

[9] *Marino, L.*, Droit de la propriété industrielle, p.8.
[10] *Passa J.*, Droit de la propriété industrielle, p.8, para.8.
[11] *Caron, C.*, Propriété industrielle, Chronique, p.1027.para.10.
[12] *Marino, L.*, Droit de la propriété industrielle, p.8.
[13] Art. L.711-1 CPI « *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* ».
[14] *Passa, J.*, Droit de la propriété industrielle, p.2, para.3.
[15] *Basire, Y.*, Les fonctions de la marque, para.16, p.29.

- L'établissement de la relation entre la marque et le consommateur

Pour se différencier de la concurrence, les entreprises usent de stratégies marketing autour de leur marque l'utilisant comme outil publicitaire, dans le but de rallier et de fidéliser leurs consommateurs. La marque ne se résume donc plus à la simple promotion de l'origine ou des qualités des produits ou services qu'elle désigne, mais apparait comme un véritable symbole, un signe de reconnaissance, permettant de rallier les catégories socio-professionnelles visées par les opérations marketing des entreprises.[16] C'est par cette opération de communication que le lien entre la marque et le consommateur s'établit. Al Ries, spécialiste américain renommé en marketing, considère que la marque doit chercher à s'approprier un mot dans l'esprit des consommateurs à qui elle s'adresse. En effet, tout un concept se développe autour de la marque afin d'entretenir une certaine image, véhiculer des idées, auxquelles le consommateur pourra s'identifier : on parle alors d'« image de marque ». La marque apparait alors comme un outil utilisé par les entreprises pour séduire et faire rêver les consommateurs en suscitant leur désir. Dans le cadre de ces stratégies marketing, la marque est porteuse de valeurs d'une entreprise auprès des consommateurs potentiels. Le marketing se définit en effet comme « *l'ensemble des actions ayant pour objectif de prévoir ou de constater, et le cas échéant de stimuler, susciter ou renouveler les besoins des consommateurs, en telle ou telle catégorie de produits ou de services, et de réaliser l'adaptation continue de l'appareil productif et de l'appareil commercial d'une entreprise aux besoins ainsi déterminés* ».[17] Ces stratégies marketing se basent sur l'étude du comportement économique du consommateur, afin de comprendre au mieux leurs attentes à l'égard d'un produit ou service mais surtout d'essayer d'influencer ce comportement. L'un des outils privilégiés des stratégies marketing est une technique de communication bien connue : la publicité. Désormais partie intégrante de notre quotidien, elle met en avant la marque dans le but d'attirer le consommateur en modifiant son attitude vis-à-vis du produit. Nous y sommes tellement confrontés chaque jour qu'il est désormais possible de parler de « *matraquage de la publicité* »[18].

Dès lors, nous constatons que la marque s'envisage véritablement à travers la relation qu'elle entretient avec le consommateur à qui elle s'adresse toujours plus directement et dont elle se veut toujours plus proche. Elle lui permet d'opérer une distinction entre les produits ou services d'entreprises concurrentes, ceci dans le but de lui éviter tout risque de confusion, le laissant libre de

[16] *Bertrand, A.*, Droit des marques, p.18, para.1.122.
[17] Définition fournie par un Arrêté du 18 février 1987 relatif à l'enrichissement du vocabulaire économique et financier, JORF du 2 avril 1987 page 3654. NOR: ECOP8700085A
[18] Ceci fait d'ailleurs l'objet de mouvements contestataires, à l'image du collectif activiste des « Déboulonneurs », *Piel, S.*, Au tribunal, les "Déboulonneurs" dénoncent le matraquage de la pub, LeMonde.fr, 4 avril 2012. http://www.lemonde.fr/societe/article/2012/04/04/au-tribunal-les-deboulonneurs-denoncent-le-matraquage-de-la-pub_1679945_3224.html

faire ses choix en toute connaissance de cause. Cette relation avec le consommateur découle de la fonction essentielle de la marque qui est de garantir l'identité d'origine des produits et services sur lesquels elle est apposée, afin de les distinguer d'autres entreprises concurrentes.[19] Cette fonction permet de reconnaitre à la marque une fonction sociale en raison de l'intérêt général qu'elle entend servir.[20]

Tout comme la marque, le consommateur est un acteur essentiel de l'activité économique. Il occupe un statut particulier dans la vie des entreprises, puisque sa consommation est la garantie essentielle de leurs profits. En outre, au sens économique, il est l'agent se situant à la fin du cycle de production, à qui sont destinés les biens et services délivrés par une entreprise. Ainsi, les économistes définissent le consommateur comme celui qui va décider d'allouer son revenu disponible à la consommation, dans le but de satisfaire ses besoins privés.[21]

Si en économie le consommateur semble trouver une définition claire, la notion est beaucoup plus floue en droit. En effet, il n'existe d'une part aucune définition du consommateur dans la loi française, d'autre part la jurisprudence et la doctrine ne sont pas d'accord quant au périmètre de cette notion. Le doyen Cornu l'avait définit comme « *un usager de base, il est aussi simple profane* ».[22] Le droit de la consommation a tout de même permis d'en dessiner les contours : le consommateur y est alors défini comme « *une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel* ».[23] Une directive européenne 2011/83/UE[24] suit la même idée et définit le consommateur comme « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale*. » Cette définition du droit européen n'est pas restée vaine, puisqu'elle a été transposée dans notre code de la consommation par la récente loi ° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite « Loi Hamon ».[25] Même si la définition du consommateur n'est pas uniforme, il est un constat qui fait l'unanimité: le consommateur se doit d'être protégé.

Le consommateur l'est d'ailleurs par un ensemble de dispositions nationales. Il peut s'agir de textes spéciaux consacrés de façon spécifique à la consommation et donc à la protection du consommateur, comme c'est le cas en France, par les dispositions du Code de la consommation régissant le droit de

[19] *Passa, J.,* L'incidence de la fonction de la marque sur l'obtention ou la validité et le maintien en vigueur du droit, dossier 4, Propriété industrielle n° 10.
[20] *Basire, Y.,* Les fonctions de la marque, para.28, p.39.
[21] *Généreux, J.,* Economie Politique, Microéconomie, la théorie du consommateur, p.30.
[22] *Cornu, G.,* La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, p.135.
[23] *Calais-Auloy, J., Steinmetz, F.,* Droit de la consommation, p.7, para.7.
[24] Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil.
[25] *Aubert de Vincelles, C., Sauphanor-Brouillaud, N.,* Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, D. 2014 p.879.

la consommation. Les bases légales de protection du consommateur peuvent aussi être contenues dans les règles du droit civil, comme c'est le cas en Allemagne, où le consommateur est protégé à travers les dispositions du Code civil (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB).

Toutefois, la protection du consommateur, dépasse largement les préoccupations nationales : l'instauration d'un seuil minimal de protection est un objectif essentiel de l'Union Européenne, afin de maintenir l'équilibre du marché intérieur[26]. En effet, la société de consommation ne connait plus de frontières grâce à l'instauration d'un marché unique, dont les consommateurs sont « *la force vive* »[27]. Le consommateur constitue une priorité pour l'UE, la promotion de ses droits et de son bien-être étant des valeurs essentielles qu'elle défend. Sa protection constitue une politique à part entière menée par la Commission Européenne, La nécessaire protection du consommateur est d'ailleurs affirmée dans les articles 12 TFUE[28] et 38 de la Charte des Droits Fondamentaux.[29] Ces politiques poursuivent principalement les objectifs de sécurité et d'information du consommateur, dans le but de renforcer sa confiance, de stimuler l'économie et de renforcer le bon fonctionnement du marché intérieur.

- La mise à l'épreuve de la relation marque-consommateur

Comme dans toute relation, il est des moments de crise où le doute s'installe, la confiance se détériore, mettant en péril l'équilibre instauré. Les années 2000 ont été le berceau de crises non seulement économiques mais aussi de confiance des consommateurs vis-à-vis de la société d'hyperconsommation. Cette société est contestée, voire même rejetée par les consommateurs. Cela se traduit par une défiance accrue à l'égard des marques et de leurs entreprises. Lorsque la marque ne parvient plus à répondre aux attentes des consommateurs, la méfiance s'installe, la confiance se détériore et le lien affectif entre la marque et le consommateur se distend, jusqu'à atteindre un point de rupture. En effet, nombreux sont les cas où la marque a pu décevoir les consommateurs. On peut d'ailleurs le constater aisément grâce au développement et à l'utilisation massive d'internet, où les consommateurs peuvent faire part de leur déception, le web devenant alors le théâtre mettant en scène les frustrations de chacun.

[26] *Von der Groeben, H., Schwarze, J.*, Kommentar zum Eu/EG VErtrag, Art.153 EG, para.1.
[27] Communication de la Commission, COM (2007)99, 13.32007. p.2.
[28] « *Les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union*».
[29] « *Un niveau élevé de protection des consommateurs est assuré dans les politiques de l'Union*».

Toutefois, le stade de la déception est dépassé, la rupture est même consommée, lorsque la marque en vient à tromper son consommateur. Le point de départ de notre réflexion se situe à ce moment où la relation marque-consommateur est mise à mal.
Pour continuer à raisonner de façon imagée, il est possible de concevoir la tromperie, de façon générale, comme la « maladie » d'un couple, mettant en péril son équilibre. Dès lors, la tromperie par la marque peut être associée à une forme de « pathologie » atteignant le consommateur. Il s'agira alors pour nous de comprendre en quoi consiste exactement la tromperie appliquée à une marque afin d'en entrevoir les différentes manifestations afin de trouver un traitement adapté, dans le but de protéger la « santé économique » du consommateur.

Par ailleurs, il est à noter que ce mémoire consacré au consommateur trompé par les marques, sera traité dans une perspective comparative des droits français et allemand. Cependant, le droit des marques est un droit profondément européanisé et même harmonisé, la protection juridique de la marque ayant été largement communautarisée par les dispositions du Règlement n°207/2009[30], consacrant la création d'une marque communautaire valable sur l'ensemble du territoire de l'Union Européenne, et par celles de la directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008[31]. Il nous sera donc nécessaire de tenir compte de cette perspective européenne en étudiant non seulement les droits des marques nationaux français et allemand mais aussi du droit européen instaurant la marque communautaire. Cette étude nous donne alors l'opportunité de vérifier l'étendue et l'effectivité de cette harmonisation et d'envisager la notion de tromperie dans ces deux systèmes juridiques.

Dans cette perspective nous nous sommes donc interrogés sur les questions suivantes :
Comment la tromperie, appliquée à la marque, se manifeste-t-elle à l'égard du consommateur ? Quels sont les moyens, dont le consommateur dispose, afin de se protéger et de faire face à cette tromperie pouvant provenir de la marque ?
Ces deux questions constitueront l'architecture de notre réflexion, qui se déroulera en deux temps. Dans un premier temps, nous nous attacherons à mettre en évidence la tromperie par la marque atteignant le consommateur (**Partie 1**). Puis, dans un second temps, nous envisagerons un possible traitement du consommateur trompé par la marque, en cherchant les moyens de combattre cette tromperie, dans le but de veiller à la protection du consommateur (**Partie 2**).

[30] Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire, JO L78 du 24.3.2009.
[31] Directive n° 2008/95/CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JO L 299, 8.11.2008.

PREMIERE PARTIE – La mise en évidence de la tromperie par la marque

Dans cette partie, nous expliciterons la notion centrale de notre thématique, à savoir le concept de tromperie, afin de comprendre comment celle-ci s'applique à la marque et engendre des effets sur le consommateur.

Avant de nous intéresser à une approche juridique de la tromperie et à son application sur la marque, il est toutefois nécessaire de rappeler la définition de la tromperie donnée par le sens commun utilisée dans le language courant :

« *Tromperie* : *Ce qui trompe ou vise à tromper.* ***Tromper* :** *- Abuser de la confiance de quelqu'un, se jouer de lui en usant de mensonges, de dissimulation. Être infidèle à quelqu'un. Induire quelqu'un en erreur, lui faire prendre quelque chose ou quelqu'un pour ce qu'ils ne sont pas. Faire faire à quelqu'un une erreur de jugement, d'appréciation. Échapper à quelqu'un, à sa vigilance, son attention. Décevoir, ne pas répondre à un sentiment, un espoir. Détourner, par une diversion, l'attention d'un désir, un état pénible.* **»**[32]

Il s'agira alors pour nous d'étudier comment la tromperie au sens général s'applique au cas particulier de la marque, afin d'être en mesure de définir la notion de « tromperie par la marque » (**Chapitre 1**).

La notion de tromperie par la marque ainsi définie, il faudra nécessairement étudier ses différentes manifestations afin de mieux envisager ses effets par rapport au consommateur (**Chapitre 2**).

[32] http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/tromper/79915

CHAPITRE 1 : L'apparition de la tromperie en matière de marque

Le consommateur trompé par la marque est un concept encore obscur lorsqu'on ne sait pas en quoi consiste cette fameuse « tromperie par la marque ».
C'est pourquoi ce premier chapitre se consacrera alors essentiellement à l'appréhension de la notion de tromperie faite par le droit de façon générale (**Section 1**), afin de pouvoir l'appliquer au concept de marque (**Section 2**).

Section 1. Approche juridique de la tromperie

Comme nous l'avons vu dans le langage courant, la tromperie est un concept complexe de par son caractère polysémique. De la définition générale, nous allons essayer d'aborder la notion juridique de tromperie, en adoptant une approche objective (**I**) puis subjective (**II**).

I. Conception objective de la tromperie

Nous envisagerons l'acte de tromperie de façon objective à travers les différentes formes sous lesquelles la tromperie existe juridiquement (**A**), mais aussi par la façon concrète dont la tromperie est envisagée par les dispositifs des droits français et allemand (**B**).

A. L'acte de tromperie

La tromperie peut être générée par différents types d'acte, elle peut en effet apparaitre par voie d'action ou d'omission, mais elle peut aussi se matérialiser différemment et se rapprocher alors d'autres notions envisagées par les droits allemand et français.

1. Le fait générateur de la tromperie : par voie d'action ou d'omission

La tromperie peut émerger par voie d'action ou par voie d'omission. Que ce soit par omission ou par action, la tromperie doit nécessairement détenir un fait inexact devant pouvoir être établi avec certitude.
Nous l'avons vu, la tromperie est définie à travers l'action de tromper. La tromperie est donc à envisager à travers une action positive matérielle concrète destinée à déployer des effets trompeurs et ainsi induire en erreur la victime de cette tromperie. Elle peut être perçue comme l'acte de tromper à travers le mensonge et la déformation de la vérité. Cette action s'illustre notamment à travers la

divulgation d'informations erronées ou l'utilisation de mensonges afin de faire passer des faits pour ce qu'ils ne sont pas en réalité. Elle peut être déduite de toute action, allégation ou présentation fausse susceptible de masquer ou modifier la réalité. Il est à noter que le mensonge peut être divulgué non seulement par voie manuscrite mais également par voie orale.[33]

La tromperie par omission, quant à elle, est déduite d'une action négative consistant à garder le silence sur certains défauts ou caractéristiques du produit. La tromperie n'est ici pas matériellement commise par une action mensongère mais par la dissimulation d'informations pourtant nécessaires et essentielles.

2. La tromperie : une notion juridique polymorphe

La tromperie est une notion polymorphe dans le sens où elle s'illustre de différentes façons et trouve différentes acceptations. D'un point de vue juridique, la tromperie est à rapprocher d'autre notions, comme le dol, la falsification, l'escroquerie ou encore l'usurpation. Toutes les formes sous lesquelles la tromperie peut se matérialiser, sont condamnées de façon générale par le droit pénal allemand et français, puisqu'elles y sont considérées comme des infractions, pouvant engager la responsabilité pénale de leur auteur en raison de leur caractère illicite. Il convient de mentionner que la tentative de tromperie est également sanctionnée.

- La tromperie, une infraction pénalement sanctionnée

La tromperie peut d'abord être rapprochée de l'escroquerie qui est une infraction, sanctionnée par l'article L.313-1 du Code Pénal et le §10 du « Strafgesetzbuch StGB», Code Pénal allemand, consistant à se faire remettre une chose volontairement par sa victime, par usage de ruse ou de tromperie. Mais escroquerie et tromperie restent toutefois deux notions parfaitement distinctes, la tromperie étant le moyen de réaliser une escroquerie. La tromperie peut consister aussi en un mensonge, en l'utilisation d'une fausse identité, ou en l'abus d'une qualité vraie : elle est dans ce cas à rapprocher de l'usurpation consistant à prendre l'identité d'un autre ou son droit à jouir des biens dont il dispose. La tromperie est sanctionnée par les dispositions du droit pénal allemand dans le §108 du StGB, qui condamne à des peines pénales toute personne usant de tromperie pour nuire à autrui et lui provoquer un dommage. La tromperie est alors définie par le droit pénal allemand comme la simulation, la déformation ou la dilution de faits réels.[34]

[33] *Mascala, C.*, Rubrique Escroquerie, Rép. Proc. Pen. Para.13.
[34] *Beukelman, S.*, BeckOK StGB, §263, para.9.

- La tromperie, un vice contractuellement sanctionné par la nullité

La tromperie ne se manifeste pas qu'à travers des infractions pénalement condamnables, mais aussi en matière contractuelle se rapprochant ainsi du dol. Le silence en vue de tromper autrui constitue alors un dol contractuel.[35] Planiol avait lui-même effectué ce rapprochement en définissant le dol comme le fait de *« tromper l'intelligence, le fruit du dol est une décision due à l'erreur »*.[36]

Le dol se traduit comme étant le fait de tromper un contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers.[37] Il est ainsi possible de rapprocher la tromperie du dol, consistant en une manœuvre malhonnête de la part d'un cocontractant dans le but de modifier le comportement de son partenaire en l'induisant en erreur, engendrant ainsi une asymétrie d'information, le poussant à contracter un acte juridique qu'il n'aurait pas stipulé en l'absence de cette manœuvre trompeuse. La tromperie est donc une illustration de manœuvre dolosive. Le dol comme vice du consentement est sanctionné par une nullité relative en droit des contrats et ne constitue donc pas une infraction pénalement répréhensible. La tromperie dolosive s'applique alors aux contrats souscrits à titre onéreux, qu'ils aient été exécutés ou non. Le droit allemand conçoit également la tromperie comme un vice du consentement dans les dispositions du §123 du BGB dans les mêmes dispositions que le droit des contrats français.

La tromperie est donc polyvalente, mais le terme de « tromperie » n'est mentionné *in extenso* que dans le cadre du droit de la consommation par le droit français et de la concurrence déloyale en droit allemand, où cette notion y figure littéralement. L'acte de tromperie est alors traité différemment en droit français et en droit allemand.

B. L'acte de tromperie en droit français et allemand : délit de tromperie contre acte de concurrence déloyale

Les droits français et allemand sont unanimes pour condamner tout acte de tromperie, mais c'est de façon différente que ces actes sont envisagés par les deux systèmes juridiques. Ainsi, bien que la tromperie soit à mettre en perspective avec des infractions du droit pénal ou avec les vices de consentement du droit des contrats, il est important de préciser que la tromperie en droit français se

[35] *Pigassou, P., Ambroise- Casterot, C.,* Rubrique Fraudes, Recueil Fraudes et falsifications, Rép. proc. pen. Para.53.
[36] *Planiol, M.,* Dol civil et dol criminel, para545 et suivants.
[37] Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, Tromperie, http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Tromperie

conçoit en tant que telle à travers les dispositions du droit de la consommation, mais est traitée par le droit de la concurrence déloyale en droit allemand.

1. La tromperie : une infraction propre au droit de la consommation français

Le terme de tromperie est littéralement formulé en tant que tel dans les dispositions du droit de la consommation. Ceci date d'une loi du 1er août 1905 codifiée dans les articles L.213-1 à L218-7 du Code de la consommation. Ces dispositions mettent alors en place un certain nombre d'infractions dont fait partie la tromperie *in extenso*.

La tromperie trouve son application essentiellement en matière de contrat de vente de marchandises, mais peut également concerner des contrats portant sur des prestations de services. On se rend compte également que la tromperie s'illustre particulièrement dans les rapports entre professionnels et consommateurs. La tromperie apparait alors donc souvent dans le cadre de contrat de consommation où le consommateur est la partie économiquement faible, qu'il est donc plus facile de tromper. La tromperie a donc vocation à concerner le droit de la consommation, dans la mesure où elle y est conçue comme une fraude faisant l'objet de sanctions par le droit pénal de la consommation, en tant que délit. On parle alors de « délit de tromperie », dont le but serait d'induire en erreur le consommateur.

La tromperie est définie dans le cadre d'un contrat de consommation, par l'article L.213-1 du Code de la consommation[38], à travers les différentes façons dont elle peut s'exprimer. Ainsi selon les dispositions de cet article, l'objet de la tromperie peut porter sur différents aspects : la nature, l'espèce, l'origine, les qualités, la composition d'une marchandise, la quantité des choses livrées, la livraison d'un autre produit que celui mentionné dans le contrat, l'aptitude à l'emploi, les risques liés à l'utilisation d'un produit, les contrôles et le mode d'emploi. Il est à noter que le délit de tromperie n'est pas uniquement dédié à la protection du consommateur, mais est également destiné à protéger

[38] « *Sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus et d'une amende de 300 000 euros quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat, aura trompé ou tenté de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :*
1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;
2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;
3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre.
Le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits. »

le professionnel, pouvant tout aussi bien être victime de tromperie. Il importe peu que la tromperie émane du vendeur ou de l'acheteur.

En raison de cette vocation de la tromperie à s'appliquer aux contrats de consommation,où le consommateur est partie intégrante, nous remarquons alors d'ores et déjà à ce stade que la tromperie touche le consommateur. Cela impliquera d'apprécier par après les effets de la tromperie au regard de son comportement.

2. La tromperie : un acte de concurrence déloyale en droit allemand

La conception de la tromperie par le droit allemand s'illustre essentiellement dans le cadre des dispositions de la « Gesetz gegen unlauteren Wettbewerbsgesetz » (UWG) de 2008, qui est la loi de lutte contre la concurrence déloyale en Allemagne. La tromperie y est alors conçue à travers la notion d'« Irreführung » et à travers l'interdiction de pratiques commerciales trompeuses. Le §5 de l'UWG reprend la définition de la tromperie de l'article L.213-1 du code de la consommation français, et dispose que la tromperie s'illustre sur les éléments essentiels des marchandises, comme la nature, l'origine, les qualités, l'espèce, les risque, la composition, le processus de fabrications, mais elle peut aussi porter sur les conditions de vente, la personne, droits ou capacités de l'entreprise ainsi que sur les droit des consommateurs.

La tromperie en droit allemand n'est donc pas conçue comme un délit contre le droit de la consommation mais comme un acte de concurrence déloyale.

II. Conception subjective de la tromperie

La conception objective de la tromperie est indissociable de sa conception subjective. La tromperie au sens subjectif concerne les éléments intentionnels de l'auteur de la tromperie (**A**) ainsi que sur les effets relatifs produits sur ses victimes (**B**).

A. L'intention de l'auteur de la tromperie : élément intentionnel

Etymologiquement, le verbe « tromper » vient du latin « *imponere* », signifiant « abuser de la confiance de quelqu'un ». La tromperie constitue donc un moyen pour l'auteur de profiter de la faiblesse, de la crédulité de sa victime en la leurrant. On se rend donc bien compte que la tromperie s'apprécie par rapport à l'intention de son auteur qui cherche à modifier le comportement de sa victime. Il est ainsi avéré que l'acte de tromperie détient nécessairement un élément psychologique

empreint d'intentionnalité.[39] La tromperie se doit d'être conçue à travers les intentions de celui qui cherche à tromper autrui. L'auteur de la tromperie doit en effet avoir eu l'intention de frauder et doit avoir agi de mauvaise foi, cette mauvaise foi se caractérisant dans le délit de tromperie par les juges du fond, à travers la connaissance du caractère erroné des qualités du produit.[40] La tromperie comme infraction intentionnelle suppose donc la mauvaise foi de son auteur, que le juge apprécie au cas par cas en fonction des circonstances. Ainsi, la tromperie est indissociable d'un fort élément psychologique.

Toutefois, les développements jurisprudentiels tendent à caractériser cet élément intentionnel et à démontrer la mauvaise foi de façon toujours plus large, si bien qu'il sera possible d'admettre une présomption d'intentionnalité.[41] Abondant dans ce sens, la Cour de Cassation, dans un arrêt rendu en matière de publicité mensongère, va même jusqu'à dénaturer l'élément intentionnel de la tromperie, en considérant que seule la preuve d'une imprudence d'une négligence ou d'une imprudence avérée est à démontrer.[42] Il semble ainsi que l'élément moral de la tromperie quant à l'intentionnalité de l'auteur soit donc désormais à relativiser.

B. La perception de la tromperie par ses victimes : élément moral

La conception subjective de la tromperie s'apprécie alors surtout au regard de l'effet subjectif qu'elle produit sur sa victime. Le droit allemand définit en effet l'élément subjectif de la tromperie à travers l'effet provoqué sur la victime de la tromperie qui a alors une vision erronée d'une situation de fait.[43] Dès lors, cette acceptation subjective de la tromperie nous pousse à nous intéresser à la façon dont celle-ci se manifeste sur ses victimes et à la façon dont celles-ci la perçoivent. C'est en effet grâce à cet élément que se caractérise l'élément moral de la tromperie. Aussi bien dans l'apparition de la tromperie que dans sa manifestation, on se rend compte que la tromperie est empreinte d'une forte subjectivité.

Pour que la tromperie existe, il faut qu'elle déploie des effets trompeurs, destinés à induire la victime en erreur. L'acte de tromperie s'apprécie en fonction de l'effet subjectif qu'elle produit sur sa victime, engendrant ainsi une modification comportementale.[44] Il faut donc que l'individu trompé ait adopté un autre comportement que celui qu'il aurait adopté en l'absence de toute manœuvre

[39] *Daoud, E., Gambette, C.*, Faut-il encore caractériser l'élément intentionnel dans le délit de tromperie ?, p.2.
[40] *Daoud, E., Gambette, C.*, Faut-il encore caractériser l'élément intentionnel dans le délit de tromperie ?, p.2.
[41] Cass crim, 13 janvier 2009 n°08-84908, cité par *Daoud, E., Gambette, C.*, Faut-il encore caractériser l'élément intentionnel dans le délit de tromperie ?, p.2.
[42] Cass. Crim, 19 octobre 2004, Bull. civ. IV, n° 245 p. 908 cité par *Passa, J.*, Concurrence- Responsabilité civile, L'usage d'une marque déceptive et le délit de publicité de nature à induire en erreur, Propriétés intellectuelles, p.224.
[43] *Beukelman, S.*, BeckOK StGB ; §263, para.9.
[44] *Ambroise-Castérot, C.*, Rubrique Consommation, Protection pénale du consentement du consommateur, Rep, proc pén., para. 38.

trompeuse. Il convient donc de se demander si l'erreur induite est à apprécier *in concreto* par rapport à l'individu déterminé, victime de la tromperie, ou s'il faut privilégier une appréciation *in abstracto* en fonction d'un standard moyen.[45] Il semblerait que les juges privilégient davantage une appréciation *in abstracto* se référant ainsi à un individu standard d'attention moyenne normalement confiant. Il faut noter que ce standard correspond de plus en plus aux individus les plus facilement influençables, car les moins informés. Ainsi, il semble que le seuil de tromperie soit rendu de plus en plus facilement accessible, que la tromperie soit toujours plus facilement reconnue et, *a fortiori*, condamnée. Par ailleurs, la tromperie peut engendrer sur l'individu trompé un sentiment de déception, en raison de la perte de l'espoir d'obtenir ce qu'il avait convoité, conformément à ce qu'il avait pensé avoir convenu avec autrui.

Dans cette mesure, la conception subjective de la tromperie apparait comme un double concept se traduisant à la fois à travers l'intention de son auteur et la perception qu'a la victime de cette tromperie.

Ainsi, nous pouvons donc résumer que la tromperie se compose d'un acte matériel de tromperie et d'un élément intentionnel et moral. Il est ainsi possible de qualifier la tromperie comme une infraction juridique. Dès lors, il convient d'expliciter comment ce délit de tromperie, selon la conception française, ou cet acte de concurrence déloyal, pour le droit allemand, peut s'appliquer à une marque.

Il est à noter que nous tacherons, dans la suite de notre développement, de toujours appréhender la tromperie de façon bidimensionnelle, en la traitant objectivement dans la façon dont elle peut se manifester, puis en envisageant ses aspects subjectifs au regard des effets qu'elle produit sur ses victimes.

Section 2. Application de la tromperie à la marque

« L'art de plaire est l'art de tromper »

Luc de Clapiers, Marquis de Vauvenargues, Réflexions et maximes, 1746.

La marque est destinée à plaire à des cibles consommatrices en ce qu'elle est un outil de ralliement de la clientèle, destinée à l'attirer et à la fidéliser. C'est pourquoi la marque comme art de plaire, est un terreau particulièrement fertile pour la tromperie. Nous allons justement traiter la façon dont la

[45] *Ambroise-Castérot, C.*, Rubrique Consommation, Protection pénale du consentement du consommateur, Rep, proc pén., para.40.

tromperie peut atteindre la marque (**I**) et les effets qu'elle peut engendrer sur la marque directement, mais aussi sur les victimes par ricochet qui sont en lien avec la marque (**II**).

I. Détermination de l'objet de la tromperie appliquée à la marque

Pour comprendre comment il est possible de parler de « tromperie par la marque », il faut d'abord étudier l'acte de tromperie par application de sa conception objective. L'objet, sur lequel va s'appliquer la tromperie en matière de marque, sera constitué par les composantes de la marque, sur lesquelles la tromperie pourra se greffer. Nous relèverons alors deux éléments composants la marque qui pourront être atteints par la tromperie : les éléments matériels dans un premier temps (**A**), puis les éléments immatériels (**B**).

A. L'application de la tromperie sur les éléments matériels de la marque

La marque est composée de deux sortes d'éléments que nous avons qualifiés de « matériels ». Ces éléments découlent de la définition même de la marque, en tant que signe permettant de distinguer des produits et services d'une entreprise de ceux d'une autre. Ainsi, nous pouvons mettre en évidence une composante matérielle intrinsèque à la marque : le signe en lui-même et une composante extrinsèque : les produits et services sur lesquels la marque est apposée.

1. Elément matériel intrinsèque : le signe en lui-même

Nous nous situons ici à la phase de création de la marque. Le choix du signe composant la marque s'opère inévitablement au regard de préoccupations commerciales et publicitaires, dont se préoccupe le département marketing d'une entreprise. La phase d'élaboration de la marque est dédiée à la recherche du signe idéal, le choix du signe devant s'avérer pertinent afin d'atteindre la cible visée.

Les dispositions légales du droit des marques donnent des exemples de signes pouvant constituer une marque. L'article L.711-1 CPI prévoit en effet que « *a) Les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ; b) Les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ; c) Les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs.* » Le droit allemand dans le §1 de la

Markengesetz (MarkenG)[46] reprend d'ailleurs les mêmes catégories de façon plus succincte, sans entrer dans les détails d'exemples concrets. Les mots, les signes sonores et les formes tridimensionnelles sont repris par le droit allemand. Il est à noter que les dispositions de ces droits constituent la traduction littérale de l'article 4 du Règlement communautaire sur la marque, ce qui tend à prouver l'harmonisation effectuée en droit des marques au niveau européen.[47] Ainsi, la marque peut être composée de dénominations, de signes figuratifs, ou de signes sonores. Toutefois, les listes ainsi proposées par l'ensemble des droits nationaux sont non exhaustives : on se rend alors bien compte de la multitude de possibilités existantes, pouvant constituer un signe susceptible d'être enregistré en tant que marque.

Par ailleurs, le signe est susceptible d'associer plusieurs éléments : en effet, la marque n'est plus seulement l'affaire d'un nom mais est de plus en plus constituée d'éléments complexes associant des signes visuels et écrits afin de conférer à la marque une identité à part entière plus facilement repérables aux yeux du consommateur. Le nom constitue la base de la marque mais est par exemple, souvent associé à un logo destiné à mettre en scène le nom et à l'agrémenter par différents moyens visuels, tels que des couleurs ou des formes particulières.

Ainsi, il est dès lors possible d'entrevoir les diversités de matérialisation du signe composant la marque qui donne à la tromperie des possibilités infinies d'éléments sur lesquels elle pourrait se greffer. Les travaux menés par Isabelle Marteau-Roujou de Boubée ont toutefois permis de constater que la plupart des signes atteints par la tromperie sont les éléments phonétiques ou visuels, à savoir les mots ou les images.[48] Les dénominations se basant sur des noms existants (les noms patronymiques, commerciaux ou géographiques) ou sur des mots fantaisistes (néologismes) seraient alors plus enclins à être sujets à la tromperie. Il semble d'ailleurs que la tromperie portant sur des patronymes fasse l'objet de spécificités que nous étudierons par la suite.

Ainsi, la tromperie peut s'accrocher à une multitude d'éléments constituant le signe et composant ainsi intrinsèquement la marque.

---

[46] *„Alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen*"

[47] « *Peuvent constituer des marques communautaires tous signes susceptibles d'une représentation graphique, notamment les mots, y compris les noms de personnes, les dessins, les lettres, les chiffres, la forme du produit ou de son conditionnement, à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises.* »

[48] *Roujou de Boubée, I.*, Les marques déceptives, p.26.

2. Elément matériel extrinsèque : les produits et services sur lesquels la marque est apposée

Il ne faut pas oublier que la marque est destinée à s'appliquer à des produits ou services déterminés. Ceci découle du caractère relatif de la marque, qui veut que le droit de marque ne porte pas sur le signe en tant que tel pour lui-même, le monopole d'exploitation sur ce signe découle en effet seulement de la relation qu'il entretient avec les produits ou services qu'il désigne.[49] Il s'agit d'une conséquence du principe de spécialité selon lequel le droit exclusif ne s'exerce qu'au regard des produits ou services destinés au public. Les produits ou services sont ainsi désignés dans l'acte de dépôt de demandes d'enregistrement de la marque. Le demandeur peut opérer une désignation libre des catégories de produits ou services qu'il choisit pour sa marque et pour lesquels il souhaite voir son signe s'appliquer. Les catégories de produits ou services sont déterminées par la Classification de Nice, instaurée par l'Arrangement de Nice en 1957[50], constituant ainsi un moyen de classification internationale des produits ou services aux fins de l'enregistrement de la marque. Il existe au total 45 catégories : 34 catégories de produits et 11 catégories de services. Cela implique ainsi que la tromperie devra également s'apprécier sur les produits et services sur lesquels porte la marque.

Il est par ailleurs évident de noter que la tromperie pourra également s'appliquer sur les produits et services directement, pouvant ainsi engendrer des effets sur la marque, notamment quant à son image. La tromperie pourra alors théoriquement porter sur la nature, sur l'origine mais aussi sur la qualité des produits.

En revanche, il convient de souligner que l'application de la tromperie s'opérera cumulativement sur les deux composantes matérielles de la marque : en application du principe de spécialité, la tromperie ne peut apparaitre qu'après la confrontation du signe avec ses produits ou services qu'il désigne.

Ainsi, une fois encore nous constatons à quel point les composantes de la marque laisse une étendue large à la tromperie sur laquelle elle pourra s'appliquer, d'autant plus que la marque n'est pas uniquement constituée d'éléments matériels mais détient aussi une forte part d'immatériel.

B. L'application de la tromperie sur les éléments immatériels de la marque

Les composantes immatérielles de la marque ne découlent pas cette fois-ci de la définition de la marque en elle-même, mais de l'environnement économique dans lequel elle s'inscrit. La tromperie peut donc également profiter d'autres éléments que des composantes intrinsèquement liées à la

[49] *Passa,J.,* Droit de la propriété industrielle, p.47, para.36.
[50] Arrangement conclu lors de la Conférence diplomatique de Nice le 15 juin 1957, révisé à Stockholm en 1967 et à Genève en 1977, et modifié en 1979.

marque, et venir tirer profit d'éléments liés par exemple à l'image de la marque ou encore à sa renommée.

1. Marque notoire et marque renommée

En droit des marques, il est conféré des pouvoirs plus importants aux marques dites « notoires » et « renommées », que ceux qui leur seraient normalement attribués. Ces signes ne constituent des marques que grâce à l'importance de leur image de marque leur permettant d'accéder au statut de marque. Le caractère de ces marques est ainsi plus important et mis davantage en avant. Suite à l'usage intensif et parfois ancien de la marque effectué par leurs titulaires, la marque jouit alors d'un degré de connaissance élevé auprès du public et peut donc légitimement bénéficier d'une protection élargie. La marque notoire, prévue à l'article 6bis de la Convention de Paris,[51] fait l'objet d'une protection élargie dans le sens où, bien que n'étant pas enregistrée, celle-ci peut tout de même bénéficier d'une protection par le droit des marques. La marque notoire est ainsi une exception au principe selon lequel le droit de marque s'acquiert par dépôt. La marque renommée quant à elle est une marque enregistrée qui déroge au principe de spécialité, puisque son champ de protection peut être élargi à d'autres catégories de produits ou services que ceux qui ont été désignés dans l'acte de dépôt. Il est ainsi reconnue une valeur important à la notoriété et à la renommée de la marque.

2. L'image de marque

Cette protection élargie accordée à certaines marques s'explique à travers l'image qu'elles parviennent à renvoyer au public. La marque peut se présenter comme l'incarnation juridique de l'identité de son titulaire. Toute la valeur de l'image de marque d'une entreprise, sa philosophie, ses valeurs, son savoir-faire, son personnel, ses produits, ses actifs incorporels sont ainsi matérialisés dans la marque. Cette image de marque est développée par des stratégies publicitaires et encouragée par des effets mesurables pas toujours prévisibles au stade de la conception de la marque et qui se révèlent dans l'exploitation de celle-ci. L'image de marque découle alors de la fonction publicitaire

[51] « *1) Les pays de l'Union s'engagent, soit d'office si la législation du pays le permet, soit à la requête de l'intéressé, à refuser ou à invalider l'enregistrement et à interdire l'usage d'une marque de fabrique ou de commerce qui constitue la reproduction, l'imitation ou la traduction, susceptibles de créer une confusion, d'une marque que l'autorité compétente du pays de l'enregistrement ou de l'usage estimera y être notoirement connue comme étant déjà la marque d'une personne admise à bénéficier de la présente Convention et utilisée pour des produits identiques ou similaires. Il en sera de même lorsque la partie essentielle de la marque constitue la reproduction d'une telle marque notoirement connue ou une imitation susceptible de créer une confusion avec celle-ci.*
2) Un délai minimum de cinq années à compter de la date de l'enregistrement devra être accordé pour réclamer la radiation d'une telle marque. Les pays de l'Union ont la faculté de prévoir un délai dans lequel l'interdiction d'usage devra être réclamée.
3) Il ne sera pas fixé de délai pour réclamer la radiation ou l'interdiction d'usage des marques enregistrées ou utilisées de mauvaise foi. »

de la marque. La notoriété de la marque liée à son image est appréciée en fonction de son ancienneté, de la publicité dont elle fait l'objet, de la qualité qu'elle symbolise, de son degré d'identification avec l'entreprise qui en est propriétaire. Pour un certain nombre de produits, le consommateur cherche en effet d'abord une marque. Cette valeur accordée à l'image d'une marque découle aussi du désir des consommateurs de se singulariser ou, au contraire, de s'intégrer à leur environnement social. Les marques donnent aux biens ou de services un apport supplémentaire, en ce qu'elle confère un statut dont la valeur est, aux yeux de l'acheteur, souvent supérieure à la valeur purement fonctionnelle de la consommation.[52] Il n'empêche que la tromperie peut alors tenter de se mettre dans le sillage de la renommée d'une marque afin d'en tirer le meilleur parti. Il apparait ainsi que la notoriété d'une marque peut alors constituer un instrument destiné à faciliter la mise en œuvre de la tromperie. La tromperie ne peut en effet difficilement se greffer directement sur l'image d'une marque, mais peut toutefois en profiter d'autant plus aisément que cette part de la marque relève de l'immatériel. L'image de marque relève surtout d'une grande part de subjectivité, puisqu'elle est la représentation de la personnalité d'une entreprise, véhiculée par la marque, que se fait le public.

Ainsi, cette diversité des éléments inhérents la marque, laisse un large champ d'application à la tromperie qui pourra se greffer sur ces composantes. Il est ainsi possible pour la tromperie de se manifester d'une multitude de façon.

II. Détermination des effets engendrés par la tromperie appliquée à la marque

Comme nous l'avons vu, la tromperie s'apprécie de façon bidimensionnelle. Dans une conception objective, la tromperie s'entrevoit à travers les différentes façons dont elle peut se manifester sur la marque. Mais dans une conception subjective, elle s'étudie non seulement à travers les desseins poursuivis par l'auteur mais aussi par rapport aux effets qu'elle produit sur les personnes victimes de tromperie.

En application de cette acceptation subjective, la tromperie en matière de marque engendre des effets, non seulement sur l'intégrité du système du droit des marques en portant atteinte aux fonctions de la marque l'empêchant d'être ce pour quoi elle est destinée (**A**), mais cette tromperie emporte aussi des conséquences sur les personnes auxquelles la marque s'adresse et qu'elle concerne directement, à savoir le consommateur et les concurrents (**B**).

[52] *Crampes, C.,* La politique de marques de l'entreprise La valeur économique des marques, p.78.

A. L'effet néfaste de la tromperie sur l'intégrité du système du droit de marque

La tromperie peut engendrer des effets non seulement sur l'intégrité du système du droit des marques, fondé sur la fonction essentielle de la marque, mais aussi sur la validité de la marque elle-même, la tromperie pouvant en effet entraver ses caractères de conformité.

1. Définition des fonctions de la marque

La détermination de la fonction de la marque a été mise en place à travers l'élaboration de la notion d'objet spécifique de droit de marque par l'Union Européenne, qui, cherchant à concilier ses objectifs liés la liberté de circulation des marchandises et le respect de la libre concurrence avec la protection du droit des marques[53], s'est intéressée à l'étude de l'essence de la marque et du contenu du droit de marque. Tout le régime juridique de la marque est donc construit sur la base de la détermination de la fonction essentielle de celle-ci, elle-même élaborée par la jurisprudence de la Cour justice des communautés européenne (CJCE), désormais Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE).[54]

La première fonction reconnue à la marque est celle d'exclusivité dans la spécialité. La marque a alors pour fonction de garantir l'exercice du droit exclusif du titulaire de la marque lui permettant d'utiliser la marque pour la première mise en circulation du produit, empêchant ainsi les concurrents d'abuser de la réputation ou d'utiliser la position de la marque[55].

Toutefois, cette vision de la fonction de la marque se résumant à la fonction d'exclusivité dans la spécialité a été critiquée par la doctrine, car, historiquement, la marque a toujours eu la fonction essentielle d'indiquer l'origine des produits ou services qu'elle désigne. Nous pouvons donc considérer que l'exclusivité dans la spécialité ne correspond pas à la fonction de la marque en tant que telle, mais plutôt à la définition du contenu de l'objet du droit de marque. Ainsi, il semblerait que la véritable fonction de la marque, l'essence même de la marque, repose sur la garantie d'identité d'origine.

[53] *Passa, J.*, Droit de la propriété industrielle, p.58, para.46.
[54] *Schmidt-Szalewski, J.*, Droit de la propriété industrielle, p.195, para.464.
[55] «*en matière de marque l'objet spécifique qui fonde le droit exclusif de la propriété commerciale est notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'apposer la marque pour la première mise en circulation du produit sur le marché*», CJCE, *Centrafarm c/ Winthrop*, 31 oct.1974, aff. C-16/74.

Cette fonction d'indication et de garantie d'identité d'origine des produits et services, correspond à la fonction sociale du droit de marque, que Josserand envisageait comme la finalité, le but social auquel un droit est destiné.[56] La détermination de la fonction de garantie d'origine de la marque est issue de l'interprétation de la directive communautaire n°2008/95/CE du 22 octobre 2008, notamment de son article 2 disposant qu'un signe constitue une marque valable *« à condition que de tels signes soient propres à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises* ». C'est dans l'affaire Terrapin contre Terranova[57] que se trouve consacrée cette fonction de garantie d'origine, perçue comme étant un moyen de garantir au consommateur de pouvoir distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance.

La fonction essentielle de la marque est de constituer une garantie pour le consommateur de reconnaître les produits et services du titulaire de la marque et de les distinguer de ceux des tiers. Le produit ou service concerné par la marque permet d'identifier l'origine commerciale particulière des produits ou services sur laquelle elle est apposée et de garantir que si plusieurs produits portent la même marque, c'est parce qu'ils proviennent de la même entreprise. La marque est donc est un point de repère pour le consommateur qui se retrouve face à une offre de produits identiques commercialisés par des entreprises différentes.

Un tournant est toutefois opéré dans l'affaire « L'Oréal/Bellure »[58], où la CJUE précise les conditions dans lesquelles le titulaire d'une marque peut interdire à un tiers de faire usage d'un signe identique ou similaire à cette marque dans le cadre d'une publicité comparative et décide par la même occasion d'enrichir la marque de nouvelles fonctions. Quatre fonctions supplémentaires sont alors reconnues et attribuées à la marque : la fonction de garantie de qualité, d'investissement, de communication et de publicité.[59] Ces nouvelles fonctions n'ont toutefois pas été explicitées de façon exhaustive, il est donc difficile de les cerner et de savoir en quoi elles consistent exactement.

2. Atteinte portée aux fonctions de la marque par la tromperie

Les effets de la tromperie sur la marque engendreraient des effets sur la validité de la marque en elle-même. En effet, la tromperie appliquée sur la marque l'empêche d'être distinctive, puisque la marque trompeuse ne permet plus au consommateur de différencier sans erreur possible les produits et services d'une entreprise d'une autre et entraine alors un risque de confusion pour celui-ci. La tromperie appliquée à la marque la rend donc invalide.

---

[56] *Ghestin,J., Goubeaux., G.,* Traité de droit civil, introduction générale, paragraphe 718, page 698.
[57] CJCE, *Terrapin c/ Terranova*, 22 juin 1976, aff. C-119/75.
[58] CJCE, *L'Oréal c/ Bellure*, 18 juin 2009 C-487/07.
[59] « *Parmi ces fonctions figurent non seulement la fonction essentielle de la marque qui est de garantir aux consommateurs la provenance du produit ou du service, mais également les autres fonctions de celle-ci, comme notamment celle consistant à garantir la qualité de ce produit ou de ce service, ou celles de communication, d'investissement ou de publicité* », CJCE, L'Oréal c/ Bellure, 18 juin 2009 C-487/07, pt.58.

Toutefois, la tromperie porte également atteinte aux fonctions attribuées à la marque telle que nous les avons identifiés précédemment. Lorsque la tromperie s'installe, on se rend donc que la fonction de garantie d'identité d'origine est mise à mal, le consommateur ne pouvant plus identifier correctement l'origine des produits ou services et les différencier de ceux de concurrents, puisqu'il est induit en erreur sur ces éléments, à cause du signe ou des produits ou services désignés par la marque atteints par la tromperie.

La tromperie peut également porter atteinte à la fonction de publicité ou de communication, celles-ci pouvant être rattachées à l'image de marque, destinée à attirer l'attention du public. La fonction de publicité a été précisée dans l'affaire Google Adwords,[60] affirmant que la marque pouvait être « *employée à des fins publicitaires visant à informer et à persuader le consommateur* ».[61] Toutefois, il nous semble difficile de différencier cette fonction de celle de communication, c'est pourquoi nous considérerons que toutes les deux sont à appréhender dans le même sens et à relier à l'image de marque. Comme nous l'avons vu, la tromperie peut très bien s'appliquer à la composante immatérielle de la marque, liée à son image ou sa réputation. La tromperie induisant le consommateur en erreur, va provoquer chez lui un sentiment de déception qui l'incitera à ne pas renouveler son choix d'acquérir les produits ou services de l'entreprise désignés par la marque. La marque atteinte par la tromperie ne remplit alors plus sa mission de fidélisation de la clientèle.

Puisque la marque atteinte par la tromperie ne peut plus fidéliser ses consommateurs, ni les inciter à faire le choix d'acheter les produits ou services de l'entreprise qui en est titulaire, nous pouvons donc en déduire qu'il y aura forcément une atteinte à la fonction d'investissements, même si cette fonction n'est pas définie clairement. Elle a été abordée dans une affaire Interflora[62] qui concevait la marque comme devant permettre « *d'acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs* »[63], rejoignant ainsi la fonction de publicité et de communication. La marque ainsi atteinte par la tromperie ne permet plus de rentabiliser les investissements faits par l'entreprise autour de la marque, comprenant ses frais d'acquisition mais aussi les opérations de communication destinées à la promotion des produits ou services, puisqu'elle n'est plus apte à attirer ou fidéliser ses consommateurs trompés.

Quant à la fonction de qualité, elle avait appréhendée dans l'affaire Dior/Evora[64], qui concevait la marque comme devant garantir que celle-ci soit à la mesure des attentes des consommateurs. Ainsi, la marque atteinte de tromperie, ne peut qu'entraver cette fonction, puisque la tromperie implique

[60] CJUE, , aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, Google France et Google, 23 mars 2010Rec. 2010.
[61] CJUE, , aff. jointes C-236/08, C-237/08 et C-238/08, Google France et Google, 23 mars 2010Rec. 2010, I-02417, pt. 91.
[62] CJUE, , Interflora contre Mark&Spencer, 22 sept. 2011aff. C-323/09
[63] CJUE, , Interflora contre Mark&Spencer, 22 sept. 2011aff. C-323/09, pt. 60.
[64] CJCE, Dior contre Evora, 4 Novembre 1997, C-337/95,

nécessairement que les attentes des consommateurs ne soient pas remplies, mais qu'elles soient tronquées, car ils sont induits en erreur sur les composantes essentielles de la marque qui ne correspond plus à l'idée qu'ils pouvaient s'en faire.
Ainsi, il est indéniable que la tromperie porte atteinte à l'ensemble des fonctions attribuées à la marque.

B. « L'effet relatif » de la tromperie par la marque sur les tiers consommateurs et concurrents

On peut parler ici d'«effet relatif » de la tromperie sur le consommateur et la concurrence, dans la mesure où la tromperie, engendrant ses premiers effets sur la marque peut aussi engendrer des effets secondaires sur des tiers. L'effet relatif n'est pas à comprendre au sens de relativisme mais dans le sens d'implication de conséquences sur des tiers à la marque. On retrouve alors ici comment s'illustre la différence de conception en droit français et allemand quant à l'acte de tromperie, le premier l'envisageant à travers les effets qu'elle produit sur le consommateur, le second à travers son impact sur la concurrence.

1. Le consommateur victime, le reflet d'une conception de la tromperie à la française

Il convient de rappeler que le processus de commercialisation met en en relation trois éléments : la marque, les produits et services sur lesquels elle est apposée et le consommateur à qui la commercialisation des produits et services est destinée.[65] La marque repose donc sur un trinôme, composé du signe, des produits ou services et du consommateur : la marque appliquée à des produits ou services et ainsi soumise au regard du consommateur.[66] Par voie de conséquence, la marque viciée par la tromperie touchera inexorablement le comportement du consommateur. D'autre part, comme nous l'avions déjà vu au préalable, la tromperie en elle-même concerne déjà le consommateur au premier plan, puisqu'elle est une infraction s'appliquant aux rapports régis par le droit de la consommation, dont le consommateur est donc partie intégrante. Ceci constitue donc une raison double expliquant pourquoi la tromperie par la marque est un phénomène touchant le consommateur au premier plan.

[65] *Roujou de Boubée, I.,* Les marques déceptives, p.11.
[66] *Bertrand, A.,* Droit des marques, p.22, para.1.213.

On pourra considérer que les effets sur le consommateur pourront se diviser en deux catégories : des effets objectifs engendrant des modifications de son comportement économique mais aussi des effets subjectifs attraits à des liens affectifs sur la qualité de la relation qu'il entretient avec la marque.

- Des effets objectifs : le risque de confusion et le changement de comportement économique

La tromperie, pouvant être considéré comme un vice affectant la relation du consommateur avec la marque, elle engendrera alors un risque de confusion dans son esprit. Ce risque de confusion constitue ainsi l'un des critères essentiels permettant de constater s'il y a tromperie par la marque ou non. En effet, le consommateur ne pourra plus reconnaitre l'origine industrielle, commerciale ou géographique des produits, sa préférence sera alors faussée et son choix économique biaisé.

D'un point de vue objectif, la tromperie sur le consommateur va automatiquement provoquer un changement du comportement économique sur celui-ci. Toutefois, il convient de préciser qu'il n'est pas nécessaire de prouver que le consommateur ait été effectivement trompé, il suffit que la survenance de la tromperie sur le consommateur soit probable.[67] La tromperie en matière de marque est à envisager comme étant le cas où la marque va abuser de la confiance de son consommateur en lui dissimulant des informations sur la véritable identité de la marque et/ou des produits et services qu'elle désigne, qui lui seraient pourtant nécessaires afin d'effectuer ses choix économiques en toute connaissance de cause. Mais la tromperie en matière de marque est également à envisager comme le cas où la marque aura aussi pour effet d'induire en erreur en lui signifiant de mauvaises informations véhiculées par des messages trompeurs. On retrouve ainsi la dichotomie du fait générateur de la tromperie présenté précédemment, pouvant se manifester soit par voie d'action (la transmission de fausses informations mensongères) ou par voie d'omission (la dissimulation d'informations).

Ainsi, l'atteinte de la tromperie aux fonctions de la marque aura non seulement des effets directs sur l'intégrité de la marque mais des effets indirects sur le consommateur, dont le changement de comportement économique aura des répercussions économiques inévitables sur l'entreprise exploitant la marque.

-Des effets subjectifs : le double sentiment de déception présent et futur

Ces répercussions économiques sont liées au changement de comportement économique du consommateur mais également liées en grande partie à des éléments plus subjectifs touchant à la relation entre la marque et le consommateur. En effet, le consommateur trompé par la marque ressentira un double sentiment de déception.

[67] *Roujou de Boubée, I.,* Signes illicites ne pouvant constituer des marques valables, JCl, Fasc.n°7115 para.38.

La tromperie par la marque engendre d'abord un sentiment de trahison au présent, par rapport aux attentes qu'il avait fondé sur la marque et sur les produits et services auxquels elle s'applique. Le consommateur attend en effet que la marque détienne une certaine qualité, matérialisée par une constance dans l'origine des produits et services qu'elle désigne.[68]

Puis, a posteriori, la tromperie peut engendrer un sentiment de perte de confiance chez le consommateur, qui renoncera à choisir les produits et services commercialisés sous la marque qui l'a trompé auparavant. Le consommateur développe alors dans le futur une attitude négative vis-à-vis des publicités qui lui auraient diffusé un message trompeur. La confiance est atteinte lorsque la trahison et la déception sont commises. Il y a alors une rupture consommée entre la marque et le consommateur qui ne se fiera plus à celle-ci, rendant vaine toute tentative de la marque de se racheter auprès du consommateur qui ne souhaitera plus acheter les produits ou service sur lesquels elle est apposée.

- Prévalence de l'objectivité sur la subjectivité des effets de tromperie sur le consommateur

Par ailleurs, la CJUE est venue préciser dans une affaire du 14 novembre 2013[69] cette notion de «*changement de comportement économique du consommateur* », dans le cadre de la preuve du préjudice porté au caractère distinctif d'une marque, et fait prévaloir des preuves de nature objective. En effet, cette modification "*ne saurait être déduite uniquement des éléments subjectifs tels que la seule perception des consommateurs*".[70] Ainsi, il semblerait donc bel et bien que les éléments objectifs semblent ainsi prévaloir pour apprécier l'atteinte portée au caractère distinctif d'une marque, instaurant ainsi une exigence de standard de preuves plus élevée. Il est possible de transposer ce constat à la tromperie engendrée par une marque : nous pouvons ainsi déduire que la tromperie par une marque ne pourra être attestée qu'au regard d'éléments objectifs constatés par la modification du comportement économique du consommateur, les éléments subjectifs n'étant que subsidiaires dans le constat, mais ne restent tout de même pas à négliger.

- Des intensités de tromperie différentes en raison de différents facteurs

Il s'avère que la tromperie par la marque peut être plus ou moins intense dans ses effets vis-à-vis du consommateur selon les éléments de la marque auxquels se rapporte la tromperie. En effet, si la marque bénéficie d'une certaine renommée ou notoriété en raison de son image de marque, la tromperie sera donc plus importante que si la marque n'était connue que d'une faible portion de consommateurs. D'autre part, comme nous l'avions suggéré précédemment, il semble que la

[68] *Schmidt-Szlaweski, J.*, Droit de la propriété industrielle, p.193, para.460.
[69] CJUE, *Environmental Manufacturing c/ OHMI*, 14 novembre 2013, aff. C-383/12P.
[70] CJUE, *Environmental Manufacturing c/ OHMI*, 14 novembre 2013, aff. C-383/12P, Pt.37.

tromperie en matière de marque s'applique plus aisément à des signes constitués par des dénominations, des vocables, comme les appelait Isabelle Roujou de Boubée, et qu'elle soit encline à concerner davantage les produits que les services. Nous verrons par la suite quelles caractéristiques du produit peuvent plus particulièrement être touchées par la tromperie. Par ailleurs, il semble que le degré d'intensité de la tromperie varie aussi en fonction des caractères du consommateur lui-même. La vulnérabilité du consommateur face à une tromperie par la marque peut en effet varier selon l'âge, le niveau d'implication et l'état de scepticisme. Il sera intéressant de voir selon les modes de mise en œuvre de la tromperie par la marque, comment le consommateur pourra réagir.

2. Les concurrents et la concurrence, le reflet de la conception allemande de la tromperie

Comme nous l'avons vu précédemment, le droit allemand conçoit la tromperie comme un acte de concurrence déloyale. Ainsi, les effets de la tromperie sont envisagés dans la conception allemande, comme étant néfastes sur les concurrents et sur la concurrence de façon générale.

Rappelons-nous que la marque est un outil permettant à une entreprise de distinguer ses produits ou services de ceux d'autres entreprises avec qui elle se trouve en concurrence. Ainsi, la marque apparait comme un outil permettant de préserver un système de concurrence non faussé, où il est nécessaire de pouvoir identifier clairement les produits ou services proposés par une entreprise afin de pouvoir les distinguer. Ceci a d'ailleurs été affirmé dans une décision de la CJUE du 4 octobre 2001.[71]

Ainsi, la tromperie n'engendre pas uniquement des effets sur le consommateur mais également sur les concurrents. La tromperie par la marque contrevient dans ce cas au principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie, qui comprend la liberté d'entreprise et la liberté de concurrence, en ce qu'elle constitue un procédé déloyal altérant la liberté de la concurrence. La tromperie par la marque vient troubler l'équilibre instaurée par les lois de la concurrence et dérégule le jeu de la concurrence entre producteurs, mettant à mal leurs rapports concurrentiels. Elle vient en effet entraver la moralité des relations commerciales. Dans la mesure où les consommateurs ne sont plus capables d'identifier les produits ou services de concurrents et par là-même à opérer un choix économique. Il y a donc un empiètement de la part du concurrent qui a engendré cette confusion dans l'esprit des consommateurs, sur d'autre concurrents. La tromperie apparait ainsi comme un acte

[71] CJUE, Merz&Krell, 4oct.2001, pt21, aff. C-517/99, cité par *Passa,J.,* Droit de la propriété industrielle,p.9, para.8.

de concurrence déloyale, engendrant un détournement de clientèle. L'activité économique des opérateurs n'est alors plus exercée paisiblement et leurs efforts promotionnels ne peuvent plus être rentabilisés, la marque n'étant plus à même de les identifier et ainsi de fidéliser une clientèle.[72]

Ainsi, outre le consommateur, les concurrents peuvent également être victime de la tromperie par la marque.

[72] *Passa, J.*, Droit de la propriété industrielle, p.9, para.8.

CHAPITRE 2 : La mise en œuvre de la tromperie par la marque

Le premier chapitre nous a ainsi permis d'aborder « la tromperie théorique » en partant de sa définition générale avant de mettre en évidence sa qualification juridique. Ceci nous aura permis d'envisager la façon dont la tromperie pouvait s'appliquer à une marque à travers l'étude de son objet puis de ses effets sur le consommateur et la concurrence en générale.

Dans ce second chapitre, nous nous intéresserons à « la tromperie pratique » qui correspond à la mise en œuvre de l'acte de tromperie et à ses manifestations en matière de marque.
Nous chercherons ici à entrevoir la mise en œuvre concrète de la tromperie par la marque, qui se conçoit au regard des effets objectifs et subjectifs engendrés sur le consommateur, tels que nous les avons mentionnés précédemment, en tenant compte de la perception que celui-ci a de la tromperie engendrée par une marque.

Nous verrons ici qu'il existe deux types de moyens qui engendrent en pratique la tromperie du consommateur par la marque.
Nous verrons ainsi que la tromperie peut être causée par la marque en elle-même (**Section 1**), mais qu'elle peut être également due à son utilisation par le titulaire ou par des tiers de façon licite ou illicite (**Section 2**).

Section 1. La marque elle-même trompeuse

Dans le cadre de l'étude des manifestations de la tromperie par la marque, il est logique d'étudier en premier lieu le cas où cette tromperie proviendrait de la marque en elle-même.

Précédemment, nous avions démontré que la tromperie pouvait s'appliquer sur les éléments matériels composantes de la marque et notamment sa composante intrinsèque, à savoir, le signe constituant la marque. Ainsi, l'étude de la tromperie *stricto sensu*, appliquée au signe composant la marque elle-même, constituera l'objet de cette première section. La marque elle-même trompeuse, sera le cas où la tromperie se greffera sur le signe constituant la marque.

- Première approche du phénomène de déceptivité

La marque trompeuse est plus connue en droit des marques sous le nom de *« marque déceptive »*, que ce soit en droit français ou allemand, le droit allemand utilisant la traduction littérale du terme de

« déceptivité », à savoir « *irreführende täuschende Marke* ». Nous utiliserons alors dans ce contexte le terme de « déceptivité » comme synonyme de tromperie. Le terme de déceptivité est emprunté à l'anglais et provient du mot « *to deceive* » signifiant « tromper », mais provient à l'origine du latin « *decipere* », signifiant « décevoir ». L'appréhension de la marque elle-même trompeuse est une notion harmonisée dans l'ensemble des droits nationaux, car elle résulte des dispositions du Règlement communautaire de 2009.

Nous étudierons le phénomène de déceptivité au regard du droit français et allemand, mais en tenant compte aussi du droit européen des marques, celui-ci étant régit par le Règlement communautaire, ayant vocation à harmoniser les droits nationaux et ainsi à ce que les droits allemand et français des marques contiennent les mêmes dispositions.

Afin de mieux cerner ce phénomène de déceptivité, il faut tout d'abord étudier le phénomène en lui-même. Nous aborderons tout d'abord la façon dont il est appréhendé, qualifié et traité par les droits français et allemand au regard de la façon dont il se manifeste concrètement (**I**), puis nous étudierons la manière dont la déceptivité comme acte de tromperie par la marque peut être appréciée à l'égard du consommateur (**II**).

I. L'appréhension du phénomène de déceptivité par les droits français, allemand et européen

L'appréhension de la nature de la déceptivité nous permettra de comprendre comment elle trompe le consommateur. Pour cela, il est intéressant d'étudier le phénomène de déceptivité à travers la façon dont il est appréhendé dans les différents systèmes légaux en droit des marques français et allemand mais également au niveau européen (**A**) mais aussi au regard de la façon dont il est possible d'apprécier l'objet de cette tromperie, ce qui nous permettra de dresser une typologie des marques trompeuses et de donner un ensemble d'illustrations sur l'objet de la marque déceptive (**B**).

A. La naissance de la tromperie par la marque elle-même

La déceptivité est un phénomène consacré à l'existence de marques trompeuses ou encore frauduleuses. Il conviendra d'envisager comment la déceptivité est légalement définie puis comment elle est qualifiée juridiquement.

1. Une définition harmonisée de la déceptivité

Cette notion est appréhendée en droit français par le Code de la Propriété Intellectuelle, dans son article L.711-3 : « *Ne peut être adopté comme marque ou élément de marque un signe : c) De nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service*. » Les mêmes dispositions excluant les marques destinées à induire le consommateur en erreur sur la nature, qualité ou provenance des produits et services, existent également en droit allemand (§8 (2) Nr.4 MarkenG[73]) et européen (art.7 (1) (g) RMC[74]). Ainsi, nous sommes donc bel et bien face à la tromperie s'appliquant aux composantes matérielles de la marque, que nous avions évoquée précédemment dans notre développement. La tromperie se greffant sur le signe composant la marque lui conférant ainsi un caractère déceptif.

2. La qualification de la déceptivité

Licéité et absence de déceptivité sont deux conditions de validité différentes dans le processus d'enregistrement d'une marque.

La marque est illicite lorsque le signe qui la compose est contraire à la morale ou aux bonnes mœurs, la marque est déceptive lorsqu'elle est de nature à induire le public en erreur. La loi opère d'ailleurs cette distinction en différenciant ces deux types de marque parmi les signes exclus *per se* d'une protection par le droit des marques. En effet, dans l'article L.711-3 CPI, le signe déceptif, les signes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, ainsi que les signes exclus en raison de textes spéciaux, sont clairement séparés dans des alinéas différents, mais tous considérés comme ne pouvant être adoptés en tant que marque et ainsi exclus de la protection par le droit des marques.

Il faut préciser que l'illicéité ne s'apprécie pas de la même façon. En effet, l'illicéité du signe contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public ne s'apprécie pas en fonction des produits ou services désignés dans le dépôt, en application du principe d'indépendance prévu à l'article 7 de la Convention de Paris et l'article 15§4 des ADPIC.[75] Cependant, nous avions vu au préalable que la déceptivité est examinée et doit être appréciée en fonction des produits et services pour lesquels le dépôt est effectué, en application du principe de spécialité.[76] Les marques déceptives sont donc

---

[73] „*Von der Eintragung ausgeschlossen sind Marken, die geeignet sind, das Publikum insbesondere über die Art, die Beschaffenheit oder die geographische Herkunft der Waren oder Dienstleistungen zu täuschen*"

[74] *« Sont refusées à l'enregistrement, les marques qui sont de nature à tromper le public, par exemple sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service. »*

[75] *Binctin, N.,* Droit de la propriété intellectuelle, p.525.para.747.
Art.7 Convention de Paris : « *La nature du produit sur lequel la marque de fabrique ou de commerce doit être apposée ne peut, dans aucun cas, faire obstacle à l'enregistrement de la marque.* », Art.15§4 ADPIC : « *La nature des produits ou services auxquels une marque de fabrique ou de commerce s'appliquera ne constituera en aucun cas un obstacle à l'enregistrement de la marque.* »

[76] *Azéma, J., Galloux,J-C,* Droit de la propriété industrielle, p.830.para.1476.

considérées comme une catégorie particulière de marques illicites, en raison du mode d'appréciation de son illicéité différant de ceux des autres signes illicites.

Ces signes prévus à l'article L.711-3CPI, sont ainsi exclus d'office, quelque soit les produits ou services qu'ils concerneraient. Ainsi, bien que ces signes soient considérés séparément par cet article, il n'empêche qu'ils sont tous condamnés par le droit des marques en raison de leur illicéité. Au regard de leur illicéité, on peut alors interpréter l'ordre public dans une acceptation large et ainsi englober les marques déceptives avec les marques contraires à l'ordre public.[77]

Toutefois, il est usuel de constater que le signe déceptif est souvent présenté comme illicite. Ce caractère illicite se comprend alors comme une prohibition portant sur la marque en elle-même, indépendamment de l'usage qu'il peut en être fait. Il est donc possible de parler d'interdiction « générale »[78] à propos de la marque déceptive. Ainsi, quand bien même il est possible de distinguer la déceptivité par rapport aux autres signes illicites, quant au principe d'indépendance des produits et services visés dans le dépôt, il n'en reste pas moins que le signe déceptif est prohibé, et donc a fortiori condamné en raison de son illicéité. Ainsi, il est dès lors possible de concevoir la déceptivité comme une source d'illicéité, sanctionnée administrativement ou judiciairement comme nous allons le voir.

B. L'objet de la tromperie : le signe composant la marque

Comme nous l'avions précédemment lors de l'application de la tromperie à la marque, il est possible que le caractère déceptif se manifeste sur tous signes étant susceptibles de constituer une marque.

1. Typologie de la tromperie par la marque elle-même : nature, qualités, provenance géographique des produits ou services

La définition prévue par l'ensemble des dispositions légales du droit des marques, aussi bien national qu'européen, prévoit que la tromperie, bien qu'étant greffée à la marque elle-même, ne peut être constaté qu'au regard des produits ou services sur lesquels la marque s'appose, en application du principe fondamental de spécialité. La tromperie par la marque elle-même s'applique à certaines catégories de produits ou services que le signe désigne. Il est alors possible de distinguer trois sortes de marques déceptives : les marques potentiellement trompeuses sur la nature du produit ou service,

[77] *Roujou de Boubée, I.,* Les marques déceptives, p.19, para.16.
[78] *Schmidt-Szlaweski, J.,* Droit de la propriété industrielle, p.205, para.484.

celles où la tromperie porterait sur les qualités du produit ou service et enfin celles susceptibles de tromper le consommateur sur la provenance géographique du produit ou service.
Il est possible d'assimiler la nature d'un produit ou d'un service à leur composition. La marque devient alors trompeuse si elle est constituée d'un signe, qui mentionne un élément ne figurant pas dans la composition du produit ou service désigné. C'est le cas par exemple de la marque « Lavablaine », signe déposé pour des produits n'étant pas composé de laine[79], ou encore de la marque « Biogurt » ne détenant pas de ferment bulgare et ne détenant pas la nature d'un yaourt.[80]

Les qualités d'un produit ou d'un service correspondent à leurs propriétés, leurs caractéristiques intrinsèques. La tromperie se manifestera à travers la marque qui fera alors du produit ou service ce qu'il n'est pas en lui conférant des caractères qu'il n'a pas ou en lui attribuant un certain contrôle dont ne bénéficie pas le produit ou le service. On pourra citer différents types d'exemples et mettre en évidence des sous catégories de tromperie sur les qualités d'un produit ou d'un service. Il y a d'abord la tromperie sur la qualité suggérant un contrôle : c'est le cas de l'ensemble des signes suggérant d'une part que les produits ou services ont été soumis à un contrôle médical, évoquant que ceux-ci détiennent des propriétés curatives : c'est le cas des marques « santé », « docteur », « medic »[81], ou d'autre part suggérant que les produits ou services aient subis un contrôle, une approbation ou une agrémentation officielle : tel est le cas des marques comprenant le mot France, la mention « *made in France* » ou les couleurs du drapeau français[82], sur lesquelles sont portées une attention toute particulière par les administrations de propriété intellectuelle. Il y aussi la tromperie sur la qualité suggérant une qualité supérieure du produit ou service, par exemple, la marque « Mokalux »[83] pour du café bas de gamme. On peut encore mentionner la tromperie sur la qualité faisant croire que le produit ou service détient certaines vertues : c'est le cas de la marque « Bio »[84] déposée pour des produits laitiers n'étant pas issue de l'agriculture biologique, ou de la marque « Comme à la maison » pour des produits étant issus de l'industrie.[85]

[79] CCass. Com., 19 déc. 1956 : JCP 1957, II, n° 9965, mentionné par Adrien Bouvel dans un cours donné en droit des marques
[80] TGI Lyon, 8 juin 1960, RTD Com. 1960.577, cité par *Azéma, J., Galloux, J-C .*, Droit de la propriété industrielle, p.833 para.1480.
[81] CA Paris, 11 mars 1998, Juris-Data n° 22133, CA Paris, 5 janvier 1995, PIBD 1995, III, p. 190, mentionné par Adrien Bouvel.
[82] CA Paris, 23 février 1988, PIBD 19888, III, p.371, cité par *Azéma, J., Galloux, J-C .*, Droit de la propriété industrielle, p.834.para.1480.
[83] CA Paris, 22 avril 1968, RTD Com, 1968, p.1036, cité par *Azéma, J., Galloux, J-C .*, Droit de la propriété industrielle, p.833 para.1480.
[84] Voir annexe n°2
[85] CA Paris, 11 octobre 1990, cité par *Bardou, J.*, La politique de marques de l'entreprise Les difficultés liées au choix de la marque : le point de vue du droit, p.79.

La provenance géographique du produit ou service correspond à son origine. La marque est alors trompeuse si elle évoque au consommateur que le produit ou service qu'elle désigne est originaire d'une région ou d'un pays ou d'un lieu réputé alors qu'il ne l'est pas. On pourra citer le cas de la marque « Cambridge Research Institute », pour une entreprise n'ayant aucun lien avec l'université de Cambridge[86], ou encore la marque « Juramorbier »[87] pour désigner un fromage de type morbier ne provenant pas du département du Jura.

Toutefois, il faut préciser que cette typologie des catégories de tromperie mise en évidence par les dispositions législatives, n'est pas exhaustive ni limitative : la tromperie peut se manifester encore sur d'autres aspects, notamment la composition[88].

2. Portrait-robot de la tromperie par la marque elle-même

Il s'agit pour nous ici de tenter de dresser un « portrait-robot » de la tromperie se greffant à la marque en elle-même, ayant déterminé auparavant les catégories de marques déceptives. Il s'agira donc de définir l'ensemble des éléments et caractéristiques permettant d'identifier la marque trompeuse.

La jurisprudence dans ce domaine étant importante, il nous est alors possible au regard de celle-ci de dresser une typologie des principales tromperies « caractéristiques » appliquées aux marques.

Pour rappel, nous avions déterminé dans nos précédents développements que la tromperie était davantage susceptible de s'appliquer à certains types de signes, à savoir ceux composés de dénominations.

- Les produits potentiellement plus sensibles à la tromperie que les services

Nous nous sommes aperçu qu'il était possible de mettre en évidence que les produits sont le plus souvent l'objet de tromperie que les services. Ce constat a pu être tiré du fait qu'il y ait un plus grand nombre d'affaires traitant des signes potentiellement déceptifs pour des produits. D'autre part, il nous semble que les produits fassent plus aisément et fréquemment l'objet d'une commercialisation intensive dans le cadre de la grande distribution, et soient donc plus sensibles à la tromperie en raison de leur caractère matériel plus directement perceptible par le consommateur. Les produits sont le plus souvent viciés de tromperie, car ils font souvent partie de la commericalisation de certains secteurs tout particulièrement victimes de tromperie. On peut penser notamment aux produits alimentaires, pharmaceutiques ou cosmétiques. Ces secteurs concernent plus largement des produits

[86] TA Paris, 10 avril 1974, cité par *Azéma, J., Galloux, J-C* .,, Droit de la propriété industrielle, p.834.para.1480.
[87] CA Paris, 9 octobre 1986.
[88] *Azéma, J., Galloux, J-C.*, Droit de la propriété industrielle, p.833, para.1480.

que des services. Par ailleurs, le plus grand nombre de catégories de produits que de services proposés à l'enregistrement étaye notre propos et tend à prouver que les produits soient donc plus souvent touchés par des signes trompeurs.

- Les qualités souvent viciées, mais une tromperie qui se développe toujours plus fréquemment sur l'origine géographique des produits ou services d'une marque

Nous pouvons donc également essayer de mettre en évidence quelle catégorie de marque est la plus souvent déceptive. Il s'avère dans cette mesure que la tromperie a pour objet le plus souvent les qualités d'un produit ou service, car les qualités suggèrent une certaine subjectivité et un fort pouvoir interprétatif, faisant appel au fort pouvoir de suggestion d'une marque. La tromperie sur la qualité fait appel à un certain nombre de nuances quant aux vertues détenues par le produit ou service, et est donc plus facilement encline à engendrer une tromperie, en raison de son caractère suggestif et soumise à la liberté d'appréciation de chacun. Cette tromperie est donc plus fréquente, car difficile à déceler et nécessitant un examen approfondi. Ce qui n'est pas forcément le cas pour la nature du produit ou service, puisqu'il est plus facile de vérifier la composante des produits ou services, les composantes devant être mentionnées explicitement. Quant à la provenance géographique d'un produit ou service, on se rend compte que celle-ci fait de plus en plus souvent l'objet de tromperie. Il semble en effet que « les produits du terroir soient prétextes à de sacrées tromperies ».[89] Cela est probablement dû au fait que les stratégies commerciales ont de plus en plus souvent recours au traditionalisme régional pour vanter le côté authentique et nature des produits ou services. En effet, les entreprises ont le plus souvent recours à des stratégies commerciales mettant en valeur dans leurs produits ou services l'argument de la proximité, du local et de l'identification des produits à leur origine ainsi que leur authenticité. Ces aspects ont notamment été soulevés dans les 34 plans de la reconquête industrielle mis en évidence par le comité de pilotage de la Nouvelle France Industrielle sous l'égide du ministère de l'Economie.[90] Ces plans de reconquête industrielle émanant du Gouvernement mettent en avant la nécessite de développer les produits *Made in France*. Les consommateurs étant en effet de plus en plus sensibles à ces arguments « locavoristes »[91], les entreprises peuvent être alors tentées d'adopter des signes à titre de marque évoquant ce caractère local et authentique afin de profiter de cette mode consommatrice. Dès lors, pour évoquer cet aspect dans leur marque, les entreprises n'hésitent pas à utiliser des signes correspondant à la dénomination

[89] *Lepetit, B.*, Les produits du terroir prétexte à de sacrées tromperies, http://www.leparisien.fr/economie/les-produits-du-terroir-pretexte-a-de-sacrees-tromperies-04-08-2014-4045793.php
[90] *De Mattos, O.*, Sept nouveaux plans pour la Nouvelle France industrielle, alerte 57.
[91] *Dernoncourt, C.*, Marques et collectivités territoriales : enregistrement et protection contre les usurpations en droit européen et en droit français, p.1.

de collectivités territoriales. Ainsi, pour ces raisons inhérentes aux modes de consommation, la tromperie par la marque aura tendance à se greffer plus fréquemment sur l'origine géographique des produits ou services.

II. L'appréciation de la tromperie en matière de marque par rapport au consommateur

Nous avons vu que la tromperie par la marque pouvait se manifester sur les différents signes susceptibles de constituer une marque et que l'acte de tromperie consistait en le fait de tromper sur la nature, qualité et provenance du produit désigné par la marque. Nous allons donc étudier les critères d'appréciation de la déceptivité d'une marque et ainsi entrevoir comment il est possible de faire constater cette tromperie au regard du droit des marques.

Afin de déterminer si l'on est en présence d'une marque composée d'un signe trompeur, ayant vocation à faire de la marque une marque déceptive engendrant des effets trompeurs, il faut apprécier la tromperie de façon objective au regard de son contenu mais aussi à un moment donné (**A**). La tromperie en matière de marque déceptive s'apprécie surtout par rapport à ses effets provoqués sur le consommateur, qui constitue d'ailleurs un standard d'appréciation de la tromperie (**B**).

A. L'appréciation objective de l'acte de tromperie par la marque elle-même

La déceptivité d'une marque doit s'apprécier selon une certaine méthode objective analysant le signe en lui-même par rapport à l'objet auquel il se rapporte, mais aussi par rapport à un moment précis de la vie d'une marque.

1. Le contenu de l'appréciation

L'existence du caractère déceptif d'une marque est appréciée tout d'abord par rapport à la structure du signe composant la marque, mais aussi par rapport aux produits et services désignés dans le libellé de la marque.[92] On dit alors que l'appréciation de la déceptivité se fait *in concreto*, par rapport à ce sur quoi s'applique la marque. Ceci découle du principe de spécialité qu'il est logique d'appliquer ici, car un signe peut être trompeur pour certains types de produits ou services et ne pas l'être pour d'autres. Dans cette perspective, il convient alors de vérifier si les caractéristiques des produits ou services sur lesquels le signe est apposé, lui confèrent en effet ce caractère trompeur.[93]

[92] *Azéma, J., Galloux, J-C.*, Droit de la propriété industrielle, p.833, para.1480.
[93] *Binctin, N.*, Droit de la propriété intellectuelle, p.528, para.752.

Pour cela deux conditions sont à vérifier : la première condition tient à ce que la marque contienne un message sur la nature, la qualité, la provenance géographique ou la paternité du produit ; la deuxième, observable dans l'utilisation qui est faite de la marque, veut qu'il y un écart entre le message véhiculé par la marque et les caractéristiques du produit vantées aux consommateurs.[94] Toutefois, certains signes trompeurs dérogent à cette appréciation *in concreto,* ils sont alors considérés comme déceptifs sans que soit tenu compte la nature des produits ou services désignés. C'est notamment le cas des marques prétendant faire l'objet de soutiens ou de garantie officiels ou faisant croire à l'obtention d'une distinction prestigieuse.

Il est important de noter que pour apprécier l'acte de tromperie, dont le titulaire de la marque est le plus souvent à l'origine, il n'est pas tenu compte de l'intention de l'auteur de la déceptivité de la marque ni du but poursuivi. Nous pouvons donc affirmer que la tromperie s'apprécie de façon objective quant à l'acte de déceptivité et que la conception subjective ne s'illustre que dans les effets qu'elle provoque chez le consommateur, victime de la tromperie.

2. Le moment de l'appréciation

La déceptivité s'apprécie par ailleurs au moment du dépôt de la demande d'enregistrement. Le droit de marque est accordé suite à l'examen d'un dépôt de demande effectué auprès des autorités administratives compétentes.[95] L'appréciation du signe et de ses conditions de validité se fait donc au moment où la demande d'enregistrement est déposée auprès des autorités administratives compétentes. Conformément au principe de territorialité, la demande d'enregistrement peut être déposée auprès d'autorités nationales pour une marque destinée à être exploitée sur le territoire national de l'administration qui a reçu le dépôt. La demande d'enregistrement de la marque peut également s'effectuer auprès de l'INPI pour une marque communautaire ayant vocation à produire ses effets sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne. La déceptivité peut également être appréciée *a posteriori,* lors d'une action en annulation.

B. L'appréciation subjective de l'acte de tromperie par la marque quant à la perception du consommateur

Rappelons que la tromperie par la marque s'apprécie par rapport aux effets qu'elle produit sur sa victime, destiné à provoquer une modification comportementale, ceci découlant de la conception subjective de la tromperie que nous avions mise en évidence auparavant. Le consommateur en tant

[94] *Monteiro, J.,* La marque valable : examen des décisions majeures concernant l'appréciation des motifs absolus, para.18.
[95] Il s'agira de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle en droit français, Deutsches Patent- und Markenamt en droit allemand et l'Office de l'Harmonisation du Marché intérieur au niveau européen.

que victime de la tromperie est celui grâce auquel la tromperie pourra être qualifiée et condamnée. Il est à noter que la seule probabilité de risque de survenance de la tromperie par la marque suffit, il n'est pas nécessaire de prouver que le consommateur ait été effectivement trompé. Ainsi, la difficulté de la mise en évidence d'un acte de tromperie réside dans le fait de prouver que cet acte pourrait effectivement avoir pour effet d'induire en erreur le consommateur en provoquant une confusion dans son esprit. L'apport de cette preuve n'est pas aisé puisqu'il faut déterminer à la fois le public auquel la marque est destinée, mais également mettre en évidence un standard permettant d'apprécier la tromperie.

1. Détermination du public auquel est destinée la marque trompeuse

La marque potentiellement trompeuse est appréciée en fonction de la réaction qu'aurait la plupart des consommateurs auxquels sont destinés les produits ou services désignés par la marque, et donc en fonction du type de clientèle qui est concerné par l'achat de produits ou services désignés par la marque supposée trompeuse.[96] Il est ainsi évident que la marque n'aura pas le même effet trompeur sur l'ensemble des consommateurs, le risque d'être induit en erreur par la marque varie donc en fonction de la perception que chaque individu a d'une marque ou de ce qui est constitutif d'une marque. Cela dépend donc de la sensibilité de chacun mais également du produit ou service visé.

A titre d'exemple on pourra citer la récente affaire portant sur la commune de Laguiole, dont la dénomination avait été déposée à titre de marque pour des couteaux. Les juges ont estimé qu'il n'y avait pas de référence trompeuse à cette commune, à partir du moment où 53% des consommateurs ignoraient que le terme « Laguiole » composant le signe de la marque correspondait au nom d'une commune.[97] Cette décision nous fait donc bien prendre conscience du fait que la tromperie s'apprécie par rapport au risque d'association que les consommateurs peuvent faire dans leur esprit et par rapport à la possible naissance d'une confusion dans leur esprit. C'est pourquoi les juges ont estimé que la marque « Laguiole » ne pouvait être annulée sur le fondement de la déceptivité, cette marque n'étant pas trompeuse pour une majorité des consommateurs ciblés.

D'autre part, en application du principe de territorialité, le public sera déterminé également en fonction du territoire pour lequel le titre de marque est revendiqué en faisant l'objet d'une demande d'enregistrement : il est évident qu'un signe n'aura pas la même portée trompeuse en fonction de l'origine linguistique du mot et de la nationalité des consommateurs visés. En l'occurrence, il s'agira de déterminer le standard du consommateur permettant d'apprécier la déceptivité de la marque sur le

[96] Roujou de Boubée, Signes illicites ne pouvant constituer des marques valables, JCl, Fasc.n°7115
[97] TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 13 sept. 2012, n° 10/08800, Cne de Laguiole c/ G. Szajner, L. Szajner, Sté Laguiole SA et Sté Laguiole Licences SAS cité par *Larrieu, J.*, A couteaux tirés, Propriété industrielle, comm.29.

consommateur, qui permettra de trouver un compromis afin d'évaluer la tromperie par la marque en toute objectivité. Ce standard est celui du consommateur d'attention moyenne.

2. Détermination du standard d'appréciation : le consommateur moyen d'attention moyenne

Le caractère faussement évocateur de la marque s'apprécie alors par rapport au standard du consommateur d'attention moyenne et de sa perception du signe litigieux, potentiellement déceptif. Ceci a été proclamé dans le célèbre arrêt de la CJUE, qui a précisé que le caractère trompeur d'un signe devait s'apprécier au regard du risque de confusion qu'il engendre « *dans l'esprit du consommateur moyen* »[98], s'il a été avéré au préalable, au moyen des critères d'appréciation que nous avons mentionnés précédemment que le risque d'une tromperie ou son existence soit suffisamment avéré. Il est à noter que le consommateur moyen est le standard général utilisé par la CJUE pour faire constater de l'ensemble des cas d'infractions supposant une tromperie.[99] La définition du consommateur varie en fonction de la catégorie des produits ou services concernés, mais également en fonction de son niveau d'attention plus ou moins élevé, exigé en fonction des produits ou services mis en évidence. En effet, pour des produits techniques, le juge va apprécier la déceptivité au regard de consommateurs plus avertis ayant des connaissances sur ces produits.[100]

La détermination de la déceptivité du signe est laissée à la libre appréciation de celui qui doit constater la déceptivité, qui détient alors un pouvoir souverain d'appréciation. Il convient toutefois de définir le standard du consommateur moyen par rapport auquel vont se baser, soit l'examinateur (au moment de l'enregistrement), soit le juge (au moment d'une action en annulation), pour pouvoir apprécier la déceptivité. Cette notion du standard de consommateur est harmonisée par la CJUE depuis une affaire « Gut Springenheide »[101], qui le conçoit comme une personne normalement informée et raisonnablement attentive et avisée, capable de concevoir les informations qui lui sont communiquées et pouvant effectuer son choix de façon réfléchie.[102] Cette conception a été plusieurs fois confirmée dans diverses jurisprudences par la suite.[103] Ainsi, la déceptivité ne doit pas être appréciée par rapport à un consommateur avisé. La tromperie par la marque en elle-même n'est donc avérée que lorsque la marque est de nature à tromper un consommateur moyen normalement attentif. Si le consommateur d'attention moyenne ne s'attend pas à retrouver certaines caractéristiques n'étant pas comprises dans la nature du produit ou service et qui sont pourtant évoquées par la marque, il

[98] CJCE, 30 mars 2006, Elizabeth Emanuel, Rec.p.I-3089, PIBD 2006 n°830, III, 356, cité par *Passa, J.*, Droit de la propriété industrielle, p.159, para.141.
[99] *Leible, S.*, Irreführung von Verbrauchern, EuZW, p.529.
[100] *Roujou de Boubée, I.*, Signes illicites ne pouvant constituer des marques valables, JCl, Fasc.n°7115.
[101] CJCE, Gut Springenheide et Tusky16 juillet 1998, aff. C‑210/96, pts. 30 à 32.
[102] *Köhler, H., Bornkamm, J.*, UWG §5 Irreführende geschäftliche Handlunge, para1.46.
[103] CJCE, Henkel KGaA c/ OHMI, 29 avr. 2004, aff. jointes C-456/01 P et C-457/01 P, pt.47.

n'est pas possible d'avérer la tromperie, puisque celui-ci ne peut l'être du fait qu'il ne fournisse pas d'attentes particulières.[104]

Ainsi, nous avons donc pu appréhender comment se manifestait et s'appréciait la tromperie du consommateur par la marque en elle-même à travers l'étude du phénomène de déceptivité.
Toutefois, la déceptivité est à envisager comme un phénomène trompeur de par nature mais aussi par sa mise en œuvre. C'est pourquoi, nous allons expliciter la mise en œuvre de la tromperie appliquée aux autres composantes de la marque, se manifestant à travers l'usage qu'il peut en être fait. Cela fera alors l'objet de notre seconde section.

Section 2. L'utilisation trompeuse de la marque

Nous étudierons ici la tromperie par la marque au sens large, *lato sensu*, en opposition à la tromperie par la marque *stricto sensu*, où le signe composant la marque est déceptif et donc lui-même porteur de trompeur que nous avons explicité précédemment. La tromperie *lato sensu* est le cas le cas où la marque devient un support permettant cette tromperie de par l'utilisation trompeuse de la marque qui peut en être faite. Ceci découle de l'indépendance entre la marque et l'exploitation qui en est faite.
Il se révèle alors que la tromperie par utilisation d'une marque comme vecteur d'effets trompeurs, résulte d'un usage déceptif du fait de son titulaire (**I**), mais il se peut aussi que la marque soit utilisée dans le cadre de son exploitation dans son environnement économique, de façon licite ou illicite et que cette utilisation soit ainsi dirigée à des fins trompeuses ou qu'elle ait des effets trompeurs (**II**).

I. Le mauvais usage de la marque par le titulaire

Le mauvais usage de la marque par le titulaire se trouve entre le cas de la marque trompeuse en elle-même et de la marque trompeuse en raison de l'usage qui en est fait. En effet, dans le cas présent qui nous intéresse ici, la marque devient trompeuse en elle-même, en raison de l'usage déceptif qui en est fait.
Nous sommes alors face à l'hypothèse où la marque était valable lorsqu'elle a été enregistrée, répondant à toutes les conditions de validité nécessaires, aucun motif absolu ou relatif de refus n'ayant été relevé. Toutefois, la marque peut devenir trompeuse du fait de l'usage déceptif qui en est fait par le titulaire de la marque : la marque dégénère et devient trompeuse alors qu'elle ne l'était pas au moment de l'enregistrement : on parle alors de « dégénérescence de la marque devenue

[104] *Passa, J.* Droit de la propriété industrielle, p.160, para.141.

trompeuse » (**A**), entrainant la déchéance du titre de droit de marque en raison des effets déceptifs que la dégénérescence provoque chez le consommateur (**B**).

A. La dégénérescence de la marque devenue trompeuse

La dégénérescence de la marque pour déceptivité se conçoit comme le cas où la marque perd l'une de ses qualités essentielles, à savoir la distinctivité, en raison de l'usage qu'il en a été fait. L'évolution de l'exploitation de la marque par le titulaire engendre alors l'invalidité de la marque. La dégénérescence constitue alors un cas particulier où la marque devient trompeuse non pas à cause de l'usage qui en est fait mais en raison de son caractère intrinsèque.

Ce cas de marque devenue trompeuse par l'usage est envisagé dans l'ensemble des dispositions légales du droit allemand et français en application du Règlement européen 207/2009. En droit français, elle est régit par les dispositions de l'article L.714-6 b) CPI[105], en droit allemand par le §49 (2) Nr.2 MarkenG, correspondant à l'article 50 (1) (c) du RMC. Elle se conçoit alors comme étant dû au propriétaire de la marque qui, de son fait, a rendu sa marque « *propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service* ». Cette règle constitue ainsi le prolongement logique de celle énoncée par l'article L.711-3 CPI interdisant de constituer un droit de propriété sur un signe trompeur, s'étendant à l'interdiction de détenir un droit de propriété portant sur un signe déceptif.

1. La survenance de la dégénérescence

La dégénérescence suppose deux éléments de survenance : une cause et une conséquence.

La marque devient trompeuse à cause de son propriétaire. L'article 12§2 de la directive 2008/95/CE sur la marque communautaire[106], explicite le rôle joué par le titulaire dans la survenance du caractère trompeur d'une marque . Après l'enregistrement, une marque est considérée déceptive, par suite de l'usage qui en est fait par le titulaire ou avec son consentement pour les produits et services pour lesquels elle est enregistrée, lorsqu'elle est de nature à induire le public en erreur. Celui-ci peut alors agir directement ou donner son consentement pour que la marque devienne déceptive.

---

[105] « *Encourt la déchéance de ses droits le propriétaire d'une marque devenue de son fait :*
a) La désignation usuelle dans le commerce du produit ou du service ;
b) Propre à induire en erreur, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service. »

[106] « *Sans préjudice du paragraphe 1, le titulaire d'une marque peut être déchu de ses droits lorsque, après la date de son enregistrement, la marque: a) est devenue, par le fait de l'activité ou de l'inactivité de son titulaire, la désignation usuelle dans le commerce d'un produit ou d'un service pour lequel elle est enregistrée*; »

Ainsi, à la lecture des textes légaux on comprend alors que la dégénérescence nécessite une action positive, une démarche active du titulaire que ce soit en donnant son accord pour que la marque soit utilisée à des fins trompeuses, ou que ce soit en exploitant lui-même la marque de façon à ce que celle-ci devienne déceptive. La survenance de la tromperie est alors due aux conditions, aux circonstances de son exploitation. Toutefois, le droit allemand souligne que la dégénérescence de la marque devenue trompeuse implique nécessairement, tout comme les motifs absolus de refus ou d'annulation, une inexactitude dans la marque en elle-même (« *inhaltliche Unrichtigkeit der Marke* »), le signe étant alors lui-même trompeur et véhiculant ainsi une erreur induisant le consommateur en erreur.[107] Ainsi, l'usage du titulaire doit avoir conduit à ce que la composante matérielle intrinsèque de la marque soit devenue trompeuse.

Cette transformation aura lieu lorsque la marque au départ valide deviendra déceptive. Tout comme la déceptivité de la marque au moment de l'enregistrement s'apprécie en fonction de l'acte de tromperie, induisant en erreur le consommateur sur la nature, l'origine ou les qualités des produits ou services désignés par la marque, la dégénérescence de la marque devenue trompeuse se manifeste et s'évalue de la même façon. C'est en effet suite à des modifications de la composition d'un produit sur lesquels la marque est apposée qu'elle deviendra alors déceptive. Elle induira en erreur le consommateur, entrainant chez lui un risque de confusion, si la marque détient une information ne correspondant plus à la réalité ou si elle possède une information inexacte sur la nature, qualité ou provenance des produits ou services.[108] La tromperie de la marque devenue déceptive se manifeste de la même façon et se constate de la même façon : au regard des produits ou services concernés et au regard de la perception de la tromperie par le standard du consommateur moyen. Le caractère de la marque devenue déceptive est donc appréciée en fonction du signe replacé dans son rapport avec les produits ou services désignés.

A titre d'exemples, la marque devient déceptive, lorsque la marque, possédant au départ certaines qualités disparaissent avec le temps ; c'est également le cas lorsque les produits ne proviennent plus de l'origine géographique indiquée par la marque, pourtant composée à la base d'éléments indiquant la provenance du produit ou service[109] ; c'est aussi le cas lorsqu'un élément, indiquant un type de produits ou de services, ne correspond plus à la fabrication ou aux prestations.[110] Comme nous le verrons plus tard, la jurisprudence dans une affaire « Inès de la Fressange »[111], la marque peut

[107] *Fezer, K-H.*, Markenrecht, §49 Verfall, para.35.
[108] *Fezer, K-H.*, Markenrecht, §49 Verfall, para.36.
[109] *Binctin, N.*, Droit de la propriété intellectuelle, p.581, para.828.
[110] *Pollaud-Dullian, F.*, Droit de la propriété industrielle, p.877, para.1525.
[111] CA Paris, 15 déc. 2004, D. 2005, AJ p. 772, obs. Allaeys, P., p. 1102.

également devenir déceptive, lorsque la personne lui ayant conféré une notoriété n'intervient plus dans l'entreprise titulaire de la marque.[112]

2. La déchéance comme conséquence de la dégénérescence

La dégénérescence est évidemment sanctionnée lorsque la marque devient de nature à induire le public en erreur : le titulaire encourt alors la déchéance de ses droits portant sur sa marque.

La déchéance est appréciée de la même façon que lors de l'examen de validité d'une marque, cherchant à évaluer la déceptivité d'une marque en fonction des mêmes conditions de refus d'enregistrement. La déchéance des droits est bien évidemment à distinguer de la nullité absolue que nous avions explicitée précédemment. En effet, la déchéance ne s'applique que lorsqu'une marque ne détient plus tous les caractères la rendant valide, tandis que la nullité ne s'applique que si une marque a été enregistrée mais que celle-ci était invalide dès le moment de l'enregistrement. Ainsi, dans le cas de la déchéance, la marque aura déjà été valide mais devient invalide durant le temps de son usage, et dans le cas de la nullité, la marque n'est pas valide dès le départ, l'action en nullité n'est qu'un moyen de réparer une irrégularité.

La déchéance est prononcée après que le caractère trompeur ait été soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond qui procèdent au cas par cas.

La déchéance se conçoit alors comme une sanction de l'agissement du propriétaire d'une marque. Celui-ci n'étant pas « digne » d'utiliser sa marque aux fins pour lesquelles elle a été enregistrée et pour lesquelles elle est supposée être exploitée, il ne « mérite » donc plus d'exercer ses droits octroyés par le droit des marques. Le titulaire doit se situer dans la lignée de ce que cherche à préserver le droit des marques et donc être en mesure de respecter la concurrence et indirectement le consommateur. Cette déchéance pour dégénérescence de la marque devenue trompeuse répond à un impératif essentiel dont l'idée est que « *nul ne doit avoir de droit exclusif sur l'instrument d'une tromperie* ».[113] Pour certains auteurs, la déchéance remplace ainsi « *le délit d'usage d'une marque déceptive en sanctionnant le titulaire de la marque qui perd son droit pour avoir exploité un signe de nature à induire le public en erreur* »[114]. Pour d'autres, la déchéance de la marque devenue trompeuse se justifie comme étant le moyen pour les offices de propriété intellectuelle d'empêcher le renouvellement d'une marque qui serait devenue de nature à induire le public en erreur.[115]

[112] *Poracchia, D., Maetz, C-A.,* Cession de marque constituée par un patro yme notoire et déceptivité, p.2110.
[113] *Passa, J.,* Droit de la propriété industrielle, p.270, para.228.
[114] *Roujou de Boubée, I.,* Signes illicites ne pouvant constituer des marques valables, JCl, Fasc. 7115, p.17.
[115] *Bouche, N.,* La déchéance de la marque devenue déceptive, RJDA 2002, p.187.

En usant de sa marque de façon illicite en la destinant à tromper le public auquel elle est destinée, le propriétaire de la marque commet une faute qui ne peut être sanctionnée qu'en l'empêchant d'utiliser et d'exploiter sa marque. Le titulaire de la marque est alors déchu de son droit de propriété.

B. Les difficultés de mise en œuvre de la dégénérescence

L'hypothèse de cette tromperie se manifestant par l'usage déceptif de la marque par son titulaire, est confrontée à un certain nombre de difficultés. Il nous apparait tout d'abord difficile d'apporter la preuve de la survenance d'une telle déceptivité faisant que la marque soit devenue trompeuse avec le temps. En conséquence de cette « *probatio diabolica* », preuve quasiment impossible à apporter, un doute subsiste quant à la réelle probabilité de survenance d'un tel cas.

1. La preuve de la survenance de la tromperie : probatio diabolica ?

Nous avons pu mettre en évidence précédemment que la dégénérescence de la marque devenue trompeuse était appréciée au regard d'un fait commis par son propriétaire, qui fait apparaitre la tromperie sur le signe composant la marque au regard des produits et services désignés mais aussi par rapport au risque de confusion produit sur le consommateur, qui peut alors être trompé par la transformation d'une marque valide en marque déceptive.

Toutefois, la mise en évidence de la dégénérescence nous apparait comme une *probatio diabolica*, dans le sens où il est difficile voire impossible dans la pratique de fournir trois preuves cumulatives.

La dégénérescence nécessite de prouver un fait du titulaire de la marque. On sait que ce fait tient en la réalisation de modifications des conditions d'exploitation des produits et services, entrainant une altération de leurs caractéristiques essentielles. Toutefois, le fait du titulaire n'implique pas uniquement une action directe de celui-ci mais peut également résulter d'une action indirecte, caractérisée par le consentement implicite ou explicite du propriétaire de la marque.

En effet, il est difficile de concevoir qu'une marque devienne trompeuse avec le temps, à partir du moment où elle était reconnue valable à l'enregistrement et de prouver que celle-ci soit enclin à tromper un consommateur, habitué à utiliser les produits ou services désignés par cette même marque. Il faut alors prouver l'existence d'une information, devenue inexacte avec le temps se rapportant sur les produits et services concernés ayant été véhiculée par la marque, qui aura été perçue par le consommateur. En effet, bien que les conditions d'exploitation aient changé, il n'est pas pour autant certain que ces modifications soient toujours perceptibles pour le consommateur et que celui-ci puisse donc être véritablement induit en erreur. Par ailleurs, dans ce cas, il est plutôt possible d'envisager le phénomène de marque devenue trompeuse comme étant plus une pratique

commerciale trompeuse qu'un phénomène de déceptivité au sens que nous lui avons donné précédemment : la tromperie n'affecte pas véritablement le signe en lui-même mais plutôt les modes d'exploitation commerciale des produits ou services que la marque désigne. Ainsi, il nous apparait que la preuve de la tromperie sur le signe en lui-même soit difficile à apporter tant ce n'est pas le signe en lui-même qui est frappé directement par la déceptivité, mais l'exploitation qui en est faite. Il y a modification sur des éléments des produits et services désignés mais pas sur le signe en lui-même valable depuis le départ. La preuve de la déceptivité du signe en lui-même ne peut donc que résulter de pratiques commerciales trompeuses, qui ne sont alors pas à sanctionner sur le terrain du droit des marques, comme nous le verrons plus tard.

2. Le doute quant à la réelle probabilité de survenance d'une telle tromperie

Du fait qu'il soit difficile d'apporter la preuve de la survenance de la dégénérescence de la marque devenue trompeuse, il en ressort un doute quant à la réelle probabilité de survenance d'un tel cas de tromperie par la marque. En effet, au regard du peu, voire de l'absence de jurisprudence ayant été rendue sur ce cas, on se rend ainsi compte que cette hypothèse de déchéance est rarissime car elle ne peut concerner que des marques qui suggèrent que les produits ou services désignés présentent certaines qualités. Par ailleurs, la sanction ne pourra être prononcée, que s'il est avéré que la dégénérescence survient du fait du titulaire. Or, il est possible de douter du fait qu'un tel cas, où le titulaire d'une marque rendrait volontairement de son propre chef sa marque déceptive entrainant sa déchéance, puisse survenir en pratique. En effet, lorsque l'on sait l'investissement que représente l'enregistrement d'une marque, tant au niveau financier qu'humain, il serait totalement contreproductif pour le titulaire de rendre sa marque trompeuse. Par ailleurs, le but d'une marque étant justement pour le titulaire un moyen d'attirer des consommateurs et de fidéliser une clientèle, il nous est donc difficile de concevoir l'intérêt qu'aurait le propriétaire d'une marque à rendre sa marque trompeuse pour le public auquel elle est destinée et de risquer de perdre ainsi des profits potentiels et le bénéfice des investissements réalisés. Ainsi, les probabilités pour qu'une telle tromperie par la marque soit mise en pratique réellement sont infimes.

- Jurisprudence unique portant sur la dégénérescence de la marque devenue trompeuse : les affaires « Inès de la Fressange » / « Elizabeth Emmanuel »

Il n'existe qu'une seule jurisprudence où le cas de marque devenue trompeuse a été illustré. Il s'agit de l'affaire « Inès de la Fressange », soumise à la Cour d'Appel de Paris, qui a rendu une première

décision en 2004[116] estimant que la marque « Inès de la Fressange » avait vocation à être devenue trompeuse du fait de l'entreprise titulaire de la marque et que celle-ci devait être déchue de ses droits. La raison invoquée était que le licenciement de la salarié, dont le patronyme constituait la marque, constituait un « fait » de l'entreprise titulaire de la marque[117] et que la survenance du caractère trompeur de la marque résultait du fait que la salarié Inès de la Fressange avait quitté l'entreprise, mettant ainsi un terme à la création des produits vestimentaires sur lesquels la marque patronymique était apposée et pouvait ainsi pousser les consommateurs à croire que les vêtements étaient toujours issus d'une création par Inès de la Fressange. La marque « Inès de la Fressange », dont la notoriété et donc la valeur, ne tenait pas nécessairement à titre principal dans la qualité du produit ou du service marqué, mais dans le nom de la personne, qui incite alors le consommateur à l'achat des produits sur lesquels la marque est apposée.[118] Toutefois, la chambre commerciale de la Cour de Cassation dans une décision du 31 Janvier 2006[119] a cassé l'arrêt rendu en appel, mettant en avant que la salarié avait cédé ses droits et en se basant sur le droit des contrats, et sur la garantie d'éviction de l'article 1628 du Code Civil, empêchant ainsi le salarié qui a cédé ses droits d'agir en déchéance contre la marque faisant l'objet de la cession. Inès de la Fressange ne pouvait donc pas priver l'entreprise titulaire des droits acquis et devait garantir une jouissance paisible.

Un arrêt de la CJUE[120] a par la suite confirmé cette décision dans une affaire similaire « Elizabeth Emanuel », dont les faits d'espèce était quasiment identiques à ceux de l'affaire « Inès de la Fressange », où une couturière avait cédé son fonds de commerce et sa marque patronymique composée de ses nom et prénom. La Cour se base cette fois-ci non pas sur le droit des contrats mais sur le terrain du droit des marques, en faisant référence à la garantie d'identité d'origine. La CJUE a estimé que la marque ne pouvait dans ce cas être considérée comme trompeuse et ne pouvait donc entrainer la déchéance des droits du titulaire.[121]

Ainsi, il apparait que la dégénérescence de la marque devenue trompeuse se situe à la frontière entre droit des marques, droit de la consommation et droit de la concurrence. Le droit des marques a vocation à s'appliquer en raison des conséquences de la dégénérescence de la marque trompeuse entrainant la déchéance des droits du titulaire sur la marque. Cependant, il nous est apparu que ce

[116] CA Paris, 15 déc.2004, Inès de la Fressange, observation *Alleys, P.*, Recueil Dalloz 2005, p.772.
[117] *Passa, J.*, Propriété industrielle, p.211, para.229.
[118] *Poracchia, D.,* Cession de marque constituée par un patronyme notoire et déceptivité, p.2109.
[119] C.Cass, com., 31 Janvier 2006, pourvoi n°05-10116.
[120] CJUE, Elizabeth Florence Emanuel, 30 mars 2006, aff. C-259/04.
[121] *«le titulaire d'une marque correspondant au nom du créateur et premier fabricant des produits portant cette marque ne peut, en raison de cette seule particularité, être déchu de ses droits au motif que ladite marque induirait le public en erreur, au sens de l'article 12§2 b) de la directive 89/104, notamment quand la clientèle attachée à cette marque a été cédée avec l'entreprise fabriquant les produits qui en sont revêtus.»*

phénomène entrainant la déceptivité du signe composant la marque, apparait lors modifications de l'exploitation des produits ou services par le titulaire lui-même ou par des tiers à qui le titulaire aurait donné son consentement. Il serait donc potentiellement possible de traiter sous un autre angle que celui du droit des marques. C'est d'ailleurs la vision du droit allemand, considérant tout usage de la marque entrainant un risque de confusion comme un acte de concurrence déloyale et non un acte soumis au droit des marques.[122]

II. L'utilisation de la marque dans son environnement économique

Nous tacherons ici de replacer la marque dans le contexte économique et commercial auquel elle appartient, en s'intéressant aux hypothèses de tromperie par la marque qui se manifestent à travers l'utilisation qui en est faite par le titulaire mais aussi par des tiers. Il ne s'agira donc pas d'envisager le cas où la marque est trompeuse par elle-même ou encore le cas où elle devient trompeuse du fait de son titulaire, mais il s'agira d'étudier le cas où la marque constitue un support s'inscrivant au centre de stratégies commerciales destinées à attirer des consommateurs. La tromperie par la marque pourra alors se traduire par une utilisation licite de celle-ci dans le cadre de pratiques commerciales, qui, si elles apparaissent trompeuses ou déloyales, engendreront la tromperie du consommateur (**A**). Mais cette tromperie pourra également se manifester dans le cas d'utilisation illicite de la marque, notamment dans le cas de contrefaçon, où la marque sera détournée et utilisée à des fins de tromperie du consommateur (**B**).

A. L'exploitation économique de la marque par le titulaire ou des tiers agréés

Nous étudierons tout d'abord les pratiques commerciales déloyales devenue pratiques commerciales trompeuses engendrant toutes deux un changement de comportement économique du consommateur. Mais il nous faudra également tenir compte subsidiairement du cas où le titulaire a décidé de céder sa marque ou d'octroyer une licence à un tiers. Cette utilisation de la marque étant licite puisque agrée par le propriétaire de la marque, peut toutefois s'avérer trompeuse en cas de mauvaise utilisation de celle-ci par ces tiers.

[122] *Fezer, K-H.*, Markenrecht, §49 Verfall, Para.35.

1. Les pratiques commerciales trompeuses

Les stratégies marketing d'entreprises utilisent la marque comme outil de valorisation de produits et services qu'une entreprise commercialise. La marque est alors utilisée de façon licite dans le cadre de ces pratiques commerciales, destinées à mettre en avant l'image véhiculée par la marque, afin d'attirer les consommateurs vers cette marque, de fidéliser une clientèle en la ralliant à la marque de façon constante et de dégager des bénéfices sur ses produits.

La marque est le support de pratiques commerciales, qui, en raison de leurs effets trompeurs sur le consommateur, seront considérées comme illicites. Ainsi, la tromperie manœuvrée par des pratiques commerciales, pourra se greffer non seulement sur la composante immatérielle, c'est-à-dire l'image de marque mais aussi sur les éléments matériels extrinsèques de la marque, que sont les produits ou services désignés par la marque.

Les pratiques commerciales sont appréhendées par la directive 2005/29/CE du 11 mais 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur. Elles y sont définies comme « *toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit au consommateur* ». Sont ainsi visées les pratiques mises en œuvre ou qui produisent leurs effets en France, ce qui permet d'appliquer le texte à des pratiques en lien avec l'étranger. [123]

Le lien avec la marque nous apparait alors évident : la marque est le centre d'actions, de démarche, de communications destinées à promouvoir la vente de produits ou services et constitue donc un outil permettant d'encourager ces ventes en mettant en avant une image de marque véhiculant un message destiné à certaines catégories de consommateurs selon le produit ou service. La tromperie peut évidemment affecter ces pratiques utilisant alors la marque comme support de ce dispositif déceptif, affectant ainsi le consommateur. Même si les consommateurs sont protégés en priorité, la protection est à étendre aux professionnels : d'où l'émergence d'une dichotomie entre droit de la consommation et droit de la concurrence opérée par la France et L'Allemagne.

- Entre droit de la consommation en France et droit de la concurrence en Allemagne

Le droit français fait reposer les pratiques commerciales déloyales sur les articles du droit de la consommation. L'article L.120-1 du code de la consommation français, dans sa rédaction issue de la loi dite « LME » (L. n° 2008-776, 4 août 2008), transposant la directive 2005/29/CE, dispose que les pratiques commerciales sont déloyales lorsqu'elles sont contraires aux exigences de la diligence

[123] *Mourre, J.*, Pratiques commerciales déloyales : cadre communautaire et transposition en droit français, p.1.

professionnelle ou à la déontologie professionnelle,[124] et altèrent, ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un produit ou d'un service. Pour ces raisons ces pratiques sont considérées comme illicites. La loi dite « LME » a donc inscrit des modifications aux dispositions du code de consommation afin de contribuer au renforcement de la protection du consommateur,[125] notamment en établissant des listes dans le cadre de la lutte contre les clauses abusives ou contre les pratiques commerciales déloyales.[126] Le caractère déloyal d'une pratique commerciale s'apprécie au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie de consommateurs visée et au regard de l'altération substantielle de son consentement.[127]

Le droit allemand reprend les mêmes dispositions que le droit de la consommation français mais envisage les pratiques commerciales déloyales à travers les dispositions de la loi sur la concurrence déloyale (UWG) notamment dans son §3, transposition de la directive 2005/29/CE. Ce §3 considère une pratique déloyale comme toute pratique portant atteinte à l'intérêt d'un concurrent ou d'un consommateur.[128]

Les pratiques commerciales déloyales sont divisées en deux catégories en droit français : les pratiques trompeuses et les pratiques agressives. L'article L.122-1 du code de la consommation considère une pratique agressive lorsqu'il y a contrainte physique ou morale sur le consommateur qui n'est plus du tout libre d'effectuer son choix, son consentement étant vicié et ne pouvant donc plus exercer son droit contractuel. Le §4 UWG n'opère pas de distinction entre pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives comme en droit français. La loi allemande sur la concurrence déloyale fait état d'une liste d'exemples de pratiques commerciales déloyales. Cette disposition recense onze exemples de pratiques commerciales déloyales, qu'il est possible de classer par rapport aux intérêts auxquels ils portent atteinte, entre ceux des concurrents et ceux des consommateurs.

- Les pratiques commerciales trompeuses utilisant une marque

L'article L.121-1 du code de la consommation sur les pratiques commerciales trompeuses opère une distinction entre les actions et les omissions trompeuses. Les pratiques commerciales réprimées sont alors celles qui conduisent à des confusions, celle qui émettent des allégations, indications,

[124] *Raymond, G.*, Pratiques commerciales déloyales, JCl., Fasc. 900, p.7, para.11.
[125] *Galloux, J-C.*, Les dispositions de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie relatives à la propriété intellectuelle, RTD Com 2008, p.724.
[126] *Rochfeld, J.*, Protection du consommateur - Pratiques commerciales déloyales ou trompeuses, RTD Civ. 2008, p.732.
[127] *Raymond, G.*, Les pratiques commerciales ou agressives, p.8, para.13.
[128] *Köhler, K.*, Irreführende vergleichende Werbung, GRUR 2013, p.761.

présentations fausses ou de nature à induire en erreur les pratiques, celles qui masquent le véritable contractant, opérateur ou professionnel et enfin celles qui reposent sur des omissions ou des ambiguïtés.[129] Les actions trompeuses peuvent l'être du fait qu'elles entrainent une confusion ou parce qu'elles peuvent reposer sur des éléments trompeurs.[130] Elles contiennent des éléments faux susceptibles d'induire en erreur le consommateur moyen ou bien des éléments vrais mais présentés de telle façon qu'ils trompent aussi le consommateur tandis que les omissions trompeuses se caractérisent par la dissimulation d'informations substantielles.

En droit allemand, les pratiques commerciales trompeuses sont énumérées au §5 de l'UWG qui reprend les mêmes types d'éléments sur lesquels la tromperie peut porter. Les pratiques commerciales déloyales peuvent être caractérisées lorsque des professionnels prétendent qu'un produit a été agréé par un organisme public ou mettent en avant un label de qualité, ou font valoir que l'entreprise a reçu un code de conduite approuvé par des organismes référents. Il y a déloyauté dans les pratiques d'entreprise qui font la promotion d'un produit en faisant croire que celui-ci ne sera disponible que sous certaines conditions et pendant un temps limité. D'autres mettent en vente des produits identiques à ceux d'un autre fabricant pour faire croire au consommateur que c'est le même produit. Ces pratiques sont donc un moyen d'attirer le consommateur en le trompant.

La marque apparait alors comme un élément sur lequel une pratique commerciale trompeuse peut se fonder, en entretenant une confusion dans l'esprit du consommateur. Une pratique commerciale est en effet trompeuse dès lors que le consommateur peut confondre toute action commerciale avec une marque. La marque est alors utilisée comme outil de tromperie, dans la mesure où ces pratiques pourront y faire référence et ainsi induire le consommateur en erreur en engendrant un risque de confusion. Ce type de pratiques trompeuses utilise ainsi l'image d'une marque en émettant de fausses allégations, indications ou présentations, afin de l'appliquer aux caractéristiques essentielles d'autres produits ou services ou pour justifier d'un mode de calcul de prix. Le consommateur est alors trompé sur les produits ou services, en raison du fait qu'il ne dispose pas des informations nécessaires pour effectuer son chois économique en pleine connaissance de cause, car il a été « envouté » par une certaine image véhiculée par la marque. Le consommateur est alors incité à prendre une décision d'achat qu'il n'aurait pas prise en d'autres circonstances.

- Le particularisme de la publicité

Nous avons choisi d'isoler spécifiquement la publicité, car autrefois les pratiques commerciales trompeuses étaient entendues sous le terme de « publicité trompeuse ou mensongère ». Aujourd'hui,

[129] *Carreau, C.*, Publicité fausse ou de nature à induire en erreur, Rep. proc. pen., para.35.
[130] *Raymond, G.*, Les pratiques commerciales ou agressives, p.12, para.22.

le législateur a fait le choix d'une terminologie plus globale. La publicité constitue un cas de pratique commerciale déloyale utilisant la marque comme support privilégié de leur tromperie, car la publicité par essence, place la marque au centre de son processus. La publicité est d'ailleurs le cas le plus fréquent de pratique commerciale trompeuse.

Adoptée en application de la directive 2005/29/CE du 11 juin 2005, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 a substitué le délit de pratique commerciale trompeuse à celui de publicité fausse ou de nature à induire en erreur.[131] La législation européenne, a tenu à protéger les consommateurs et les professionnels contre la publicité trompeuse et ses conséquences déloyales, en mettant en place un dispositif d'encadrement de la publicité traditionnelle et comparative dans une directive 2006/114/CE du 12 décembre 2006.[132] La publicité y est définie comme « *tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposé* ».[133]

Elle a pour but de convaincre ses destinataires des bienfaits d'un produit ou service donné, en mettant en valeur des qualités substantielles, orientant ainsi le choix des consommateurs ciblés, ceux-ci étant sensibilisés aux messages publicitaires de la marque. La publicité est donc un acte de communication au public en ce qu'elle est un message destiné à des consommateurs.[134] La prospection et la conquête de ces nouveaux consommateurs ne peuvent alors se faire qu'à l'intérieur de certaines limites.[135] La publicité est l'outil mettant en valeur une marque et constitue ainsi l'outil privilégié de tromperie : on s'intéressera donc au phénomène de la publicité mensongère ou trompeuse mettant en avant une marque.

- La publicité trompeuse ou mensongère

Il est un principe selon lequel les publicités, qui, par leurs messages trompent ou peuvent tromper les personnes qui les reçoivent, sont interdites. L'appréciation du caractère trompeur se fait alors en fonction du jugement des consommateurs et de leur perception. La publicité mensongère est trompeuse dès lors qu'elle engendre un risque de confusion pouvant induire le consommateur en erreur, ou qu'elle contient une information erronée entrainant un changement comportemental du consommateur et se mesure ainsi au changement de comportement économique provoqué sur le standard du consommateur moyen, en tant que personne « normalement informée» et «raisonnablement attentive et avisée»[136]. Le Code de la consommation vient préciser qu'une

[131] *Ereséo, N.*, Les pratiques commerciales trompeuses, JCl. Fasc.3480, p.5, para.7.
[132] *Raymond, G.*, Publicité Règles générales, Fasc. 930, p.22, para.63.
[133] Cass. Com. 6 mai 2008, n°0419713.
[134] *Carreau, C.*, Publicité fausse ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative, Rep. com. para.25.
[135] *Carreau, C.*, Publicité fausse ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative, Généralités, Rep. com, para.1.
[136] *Rothmann, J-M.,* Les pratiques commerciales trompeuses - La publicité mensongère, INC Document p.3.

catégorie particulière de consommateurs ou un groupe de consommateurs peut apparaitre plus vulnérables en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, qui s'apprécie alors au regard de la capacité moyenne de discernement de la catégorie ou du groupe.[137] Ainsi, tous les consommateurs ne réagiront pas de la même façon au message de la publicité et seront donc plus ou moins sensibles à son caractère trompeur. Cependant l'intensité de la publicité mensongère à l'égard du consommateur est d'autant plus importante lorsque la marque bénéficie d'une renommée ou d'une notoriété particulière entretenue par son image. Il nous parait logique de considérer que la tromperie, se manifestant à travers des pratiques mettant en avant l'image d'une marque, engendre un risque accru de confusion et d'erreur pour le consommateur qui a connaissance de la renommée ou de la notoriété de la marque et qui y est particulièrement sensible. Plus la marque est connue, plus les attentes sont élevées et plus la tromperie est grande lorsque la publicité utilise l'image de marque à des fins trompeuses.

Selon l'article L.121-1 Code de la consommation et §4 UWG, le caractère trompeur ou mensonger d'une publicité s'apprécie également au regard d'un ensemble de critères similaires à ceux permettant de constater le caractère déloyal de pratiques commerciales. Il s'agit notamment des caractéristiques des biens et des services, le prix ou son mode d'établissement, les conditions de fourniture des biens et des services ainsi que la nature, les qualités et les droits de l'annonceur qui permettent donc d'identifier la tromperie. La publicité trompeuse est celle qui comporte des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur sur les qualités substantielles de la prestation ou du produit.[138] La preuve du mensonge nécessite la comparaison entre le contenu du message publicitaire et les caractéristiques réelles du produit[139]. Des exemples concrets pourront être évoqués dans l'annexe n°3.

- Le « *greenwashing* » ou le « *fairwashing* » comme exemples de « branding » considérées comme des pratiques commerciales trompeuses

Le branding est une pratique développée par des stratégies marketing autour d'une marque destinée à positionner une image particulière d'une marque dans l'esprit des consommateurs.

En effet, les consommateurs font face constamment aux déclarations éthiques de « Monoprix », du travail philanthropique autoproclamé de « Quicksilver », des garanties « commerce équitable » de Starbucks…etc.[140] Face au climat anxiogène auquel ils sont confrontés en permanence, les consommateurs sont en effet toujours plus sensibles à des préoccupations d'ordre moral ou éthique et

[137] *Carreau,C.,* Publicité fausse ou de nature à induire en erreur, Rep. com., Para.67.
[138] *Bouzat, P.*, Tromper sur les marchandises, publicité mensongère, RTD Com., p.294.
[139] *Gardner, D.,* Deception in advertising: A conceptual approach, p.42.
[140] Voir annexe n°4.

se font ainsi un devoir de conscience d'axer leur consommation en considération de valeurs essentielles. C'est ainsi que le branding dans un souci de recherche d'effets publicitaires qualitatifs, s'est orienté vers le déploiement de stratégies de communication faisant de la marque un outil de valorisation et de garantie du respect de ces valeurs par les entreprises titulaires. Si cette pratique du « branding » ne se révèle pas toujours possible il est possible de citer des exemples utilisant cette technique qui peuvent s'avérer être des pratiques commerciales trompeuses. L'exemple du « greenwashing » et du « fairwashing » sont des illustrations des pratiques de « branding », utilisées par les entreprises pour émettre des bruits éthiques, responsables, sociaux, destinés à embellir leur image.

Le greenwashing est une stratégie marketing utilisé par une entreprise dans le but de se donner une image écologique responsable. Cette pratique s'intensifie de plus en plus face à la prise de conscience par la société des enjeux environnementaux. La tendance pour les entreprises et leur service marketing est donc de montrer à quel point elles sont respectueuses de l'environnement. Le problème de cette pratique, qui se matérialise dans la publicité, est de faire croire aux consommateurs que le produit vendu par une entreprise respecte des exigences envrionnementales. Le greenwahsing est donc une vraie pratique commerciale trompeuse, en ce qu'elle est l'acte de transmettre au public des informations éloignées de la vérité des faits, tant sur le fond que sur la forme, dans le but d'apparaître socialement et/ou environnementalement responsable aux yeux de la cible de consommateurs visée. En jouant sur le devoir de conscience des consommateurs sensibilisés aux problèmes environnementaux, l'entreprise commet une pratique trompeuse en donnant une vision erronée des produits vendus sous sa marque. Cette pratique se concrétise de façon explicite, par les modifications opérées par une entreprise sur l'image de son produit ou de sa marque pour leur conférer un côté « vert et nature ». De façon moins explicite cette pratique peut se concrétiser dans les messages publicitaires vantant l'argument de conformité à l'environnement par touche éparse. Dès lors que le produit ou service commercialisé ne correspond pas à ce standard écologique conforme à l'environnement, il s'agit d'une pratique commerciale trompeuse. A ce titre a notamment été engagée la responsabilité de General Motors par la Fédération nationale des associations d'usagers des transports (Fnaut), qui s'était constituée partie civile en raison d'une publicité qui présentait la SAAB 9-3 « Bio-Power ». Cette publicité qualifiait le Superéthanol E85 – carburant adapté pour ce véhicule - de « Plus écologique, plus économique, plus performant » et roulant avec un « carburant naturel ».[141]

[141] Communiqué de Presse de la Fnaut
http://www.fnaut.fr/actualite/communiques-de-presse/278-greenwashing-la-fnaut-obtient-le-renvoi-de-general-motors-france-en-correctionnelle

Une autre pratique dénommée par un anglicisme est celle du « fairwashing », qui se caractérise par une « imposture sociale et éthique », au contraire du « greenwashing » correspondant par une « imposture écologique ». La pratique du « fairwashing » consiste à revendiquer des engagements éthiques et sociaux à des fins purement marketing. A ce titre a notamment été épinglé Samsung par une ONG chinoise, pour avoir prétendu garantir des engagements de responsabilité sociale, alors qu'un rapport de cette même ONG déplorait les conditions de travail indignes mises en place dans les usines de l'entreprise.[142]

- La publicité comparative

Les publicités comparatives font référence à un concurrent ou des biens et services concurrents, de façon explicite ou implicite. Elle est réglementée par les dispositions de l'article L.121-8 du Code de la consommation et §6 UWG, transposant la directive 2006/114/CE du 12 décembre 2007.[143] La publicité comparative constitue une exception au droit exclusif du concurrent de l'annonceur sur sa marque, dans la mesure où elle permet, sous condition de sa licéité, de nommer la marque d'un concurrent.[144]

Ce type de publicité n'est autorisé que lorsqu'elle n'est pas trompeuse, dans la mesure où elle compare des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif et compare aussi de façon objective une ou plusieurs caractéristiques "essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables"[145] et s'il elle n'entraine aucun risque de confusion pour les concurrents et consommateurs.[146] Ainsi les comparaisons doivent notamment: porter sur des biens ou services qui répondent à des besoins identiques ou ayant le même objectif, se rapporter à des produits ayant une même appellation d'origine, traiter objectivement des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, éviter de créer des confusions entre concurrents, ne pas discréditer, imiter ou tirer indûment profit de marques ou noms commerciaux concurrents[147] et éviter tout risque de confusion sur l'origine des produits ou services pour le consommateur. La licéité de la publicité comparative étant admise de plus en plus largement[148] La

[142] *Domergue, M.*, "Fairwashing" : Samsung pris au mot, Alternatives Economiques, http://www.alternatives-economiques.fr/-fairwashing---samsung-pris-au-mot_fr_art_1209_63503.html

[143] Cette directive a pour objet de codifier les anciennes directives consacrées à la réglementation de la publicité trompeuse et de la publicité comparative, à savoir la directive n° 84/450/CE sur la publicité trompeuse, modifiée par la directive n° 97/55/CE sur la publicité comparative et par la directive n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs

[144] *Passa, J.*, Les rapports entre droit des marques et droit de la publicité comparative : un risque d'affaiblissement de la protection de la marque, para.1.

[145] *Raymond, G.*, Publicité Règles générales, Fasc.930, p.23, para.65. arrêt toshiba CJUE,

[146] Affaire précitée L'Oréal c/ Bellure, aff C-487/07, *Passa J.*, Les rapports entre droit des marques et droit de la publicité comparative : un risque d'affaiblissement de la protection de la marque, para.11.

[147] Art.4 f) Directive 2006/114/CE.

[148] *Passa,J.*, Les rapports entre droit des marques et droit de la publicité comparative : un risque d'affaiblissement de la protection de la marque, para.8.

marque est alors au centre de la comparaison de la publicité, le consommateur identifiera alors plus facilement l'objet de la comparaison mais pourra alors être plus aisément tromper si cette publicité comparative s'avère trompeuse. Toutefois, il apparait surtout que les pratiques commerciales mises en œuvre par des tiers mettent en avant la composante immatérielle de la marque, à savoir son image, utilisent la marque en tant que telle licitement et profitant de sa notoriété. Toutefois, ces pratiques rendent cet usage illicite lorsqu'elles détournent l'image de la marque, afin de profiter de celle-ci à des intérêts personnels de façon à ce que le message véhiculé par la marque soit déformé engendrant une confusion, jusqu'à l'erreur du consommateur.[149] La tromperie est moins directe que lorsque la marque est utilisée en tant que telle, mais n'est pas moins efficace car le consommateur est souvent plus réceptif à l'image véhiculée par une marque, qu'au signe la composant intrinsèquement.

La marque apparait alors comme un pilier dans le cadre des pratiques commerciales, et comme un support idéal de tromperie. Toutefois, il convient de rappeler que la tromperie ne concernera pas la marque en tant que signe mais les produits sur lesquels elle s'appose, nous verrons par la suite les conséquences que cela engendre.

- L'émergence de la publicité associative : le « co-branding »

Dans la même lignée que la publicité comparative mettant en perspective plusieurs entreprises, une nouvelle manifestation de la publicité, qui apparait de plus fréquemment de nos jours est celle qui associe plusieurs marques autour d'un produit ou d'un service commun ou par le biais d'une publicité commune mettant en avant les deux marques. Cette pratique marketing vise à promouvoir simultanément les marques ou produits de deux entreprises distinctes. Cependant, on se rend compte que le simple fait d'associer plusieurs marques peut entrainer un risque confusion dans la mesure où le consommateur peut ne pas se rend compte à quelle marque il doit associer l'essentiel du produit ou peut ne pas parvenir à identifier les deux marques, croyant ainsi avoir à faire à une seule marque. Le consommateur peut en effet rencontrer des difficultés à identifier l'origine du produit ou service qui lui est proposé par le biais de deux marques distinctes. Dès lors, en raison du doute provoqué chez le consommateur, la pratique du co-branding peut entrainer un risque de confusion et peut donc apparaitre potentiellement comme une pratique commerciale trompeuse mettant en avant non pas une marque, mais deux. C'est par cet effet associatif que le risque déceptif peut se déployer à l'encontre du consommateur.

[149] *Gouge, E., L'Honnen-Frossard, L.*, Développements communautaires récents en matière de publicité comparative, para.33.

2. L'utilisation de la marque par le cessionnaire ou le licencié

La marque peut également être utilisée par des tiers dans le cas où le titulaire décide les autoriser à exploiter sa marque par le biais d'un dispositif contractuel. La transmission contractuelle du droit de marques peut alors s'effectuer par le biais d'une cession ou d'une licence. La cession entraine le transfert de propriété de la marque du titulaire de la marque au tiers cessionnaire, tandis que la licence est le contrat par lequel le propriétaire de la marque va autoriser le licencié à utiliser sa marque moyennant redevance. Dans le cas de cette exploitation contractuelle de la marque par des tiers agrées par le titulaire de la marque, mais tout particulièrement dans le cas de licence, il se peut que le licencié qui utilise la marque en n'en étant pas le propriétaire attitré, engendre une confusion dans l'esprit du consommateur, en entretenant une ambiguïté à l'égard du public quant à l'origine de la distribution des produits et services désignés par la marque. Ceci est tout particulièrement grave lorsque le licencié contrevient à son obligation d'exploiter la marque en conformité avec les standards de qualité déterminés par le titulaire. Ainsi, lorsque qu'il y a une rupture dans la constance de qualité de la marque engendrée par le licencié, l'utilisation pourtant licite de la marque peut engendrer des effets trompeurs sur le consommateur, par le comportement du licencié qui entretient une confusion en ne respectant pas ses obligations.

B. L'utilisation illicite de la marque par des tiers

Dans le cas de l'utilisation de la marque dans le cadre de pratiques commerciales, la marque est alors utilisée licitement mais la pratique commerciale rend illicite cet usage lorsqu'elle se sert de la marque pour tromper le consommateur directement ou indirectement. Toutefois, il existe également un cas où le signe composant est utilisée de façon illicite par des tiers : c'est ce qu'on appelle communément et juridiquement une contrefaçon. La contrefaçon est qualifiée à la fois comme une faute civile (art. L. 713-2 et L. 713-3 CPI) et comme un délit correctionnel (art. L. 716-9 et L. 716-10 CPI).[150]

1. L'utilisation illicite du signe composant la marque

La valeur d'une marque peut être altérée par son utilisation frauduleuse, sa copie, la production de faux produits, etc. Ces contrefaçons, qui diminuent les profits espérés et les investissements réalisés des titulaires de marques, sont des délits. Dans le cas de la contrefaçon, l'utilisation de la marque emporte une double illicéité. D'une part, la marque, *a fortiori* ses éléments la composant, sont

[150] *Durrande, S.*, Droit des marques, D. 2009, p. 691.

utilisés de façon illicite par un tiers, celui-ci n'ayant pas obtenu l'accord du titulaire pour exploiter la marque, par le biais de licences notamment. D'autre part, puisque cette utilisation de la marque par un tiers est illicite *de facto,* elle engendre nécessairement des effets qui le seront également, dans la mesure où la contrefaçon engendre un risque de confusion dans l'esprit du public, il y a donc inévitablement tromperie potentielle du consommateur.

La contrefaçon est donc une atteinte au droit de marques entravant sa fonction essentielle de garantie d'identité d'origine, où le contrefacteur a la volonté d'engendrer un risque de confusion dans l'esprit du public concerné. La contrefaçon s'exprime à travers un ensemble d'acte, définis par les articles L. 713-2, L. 713-3 du CPI, L. 716-9, L. 716-10 et L. 716-11 du CPI, §14, 15 MarkenG et art.9 RMC (ces dispositions sont identiques quant au fond, reflétant ainsi l'harmonisation du droit des marques au niveau européen). La contrefaçon peut se réaliser par un acte de reproduction, imitation, apposition, substitution, modification ou suppression etc… toutefois, il est possible de retenir que les atteintes à un droit de marque se répartissent principalement entre les cas de reproduction du signe et les cas d'imitation du signe.[151] Par ailleurs, en conformité avec le principe de spécialité, le signe litigieux du tiers contrefacteur doit être utilisé pour désigner des produits ou services similaires (et non pour un autre usage) que ceux du titulaire de la marque et doit également être utilisé dans la vie des affaires. Dans tous les cas, l'acte de contrefaçon s'apprécie en effectuant une comparaison du signe litigieux du tiers avec celui du titulaire, au regard de l'identité ou de la similarité des signes mais aussi en tenant compte de l'identité des produits ou services. Dès lors qu'une identité plane sur le signe ou les produits ou services, il est inévitable que le consommateur puisse confondre ces signes et il n'est donc pas besoin d'apporter la preuve d'un risque de confusion. En revanche dans le cas de similitudes, il sera nécessaire pour le titulaire de la marque potentiellement contrefaite de prouver que le signe contrefacteur engendre un risque de confusion dans l'esprit du consommateur moyen d'attention moyenne. Dans tous les cas, la contrefaçon est une manœuvre illégale, où le contrefacteur cherche à profiter de la réputation des produits ou services sur lesquels est apposée la marque.

2. La tromperie du consommateur par la contrefaçon de marque : « les contrefaçons déceptives »[152]

En raison de l'importance de la marque pour les consommateurs et du nombre exponentiel de marques s'offrant à lui, il se peut que des marques soient utilisées pour désigner des produits

[151] *Requena, G.*, L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque, D.2001, p.3603.
[152] *Crampes, C.*, La politique de marques de l'entreprise La valeur économique des marques, p.78.

similaires ou identiques, engendrant la confusion du consommateur. Ainsi, il apparait que la contrefaçon de marque peut constituer une tromperie pour le consommateur, dans la mesure où s'offre à lui deux signes similaires ou identiques pour désigner des produits similaires ou identiques. Dans certains cas, la confusion est tellement forte que le consommateur peut se tromper sur l'origine du produit ou du service et ne perçoit pas le vrai du faux. Le risque de confusion dans l'esprit du public apparait alors plus ou moins directement et n'engendre pas les mêmes effets sur le consommateur. La confusion est directe lorsque le consommateur d'attention moyenne ne perçoit aucune différence entre le signe litigieux et la marque authentique et ne conçoit même pas la possibilité d'avoir à faire à une contrefaçon. La confusion est indirecte lorsque le consommateur fait une association entre deux entreprises pensant que les produits ou services sont issus de la même entreprise ou du même groupe d'entreprises et ne pense pas que la contrefaçon ait été réalisée sans aucun accord du titulaire. Le degré de tromperie est donc là encore différent selon la perception que le consommateur aura de la contrefaçon et ceci dépend évidemment des mêmes critères que nous avons pu évoquer auparavant. Il est alors important de noter que l'image de marque, justifiant de la forte distinctivité d'une marque, constitue un facteur aggravant les risques de contrefaçon et est alors plus touchée par la tromperie, en raison du fait que les contrefacteurs cherchent inévitablement à profiter de la renommée de la marque en se situant dans son sillage, afin d'attirer la clientèle attachée à la marque contrefaite. Il faut noter que la notoriété soit démontrée et non simplement alléguée.[153]

Cette vente de produits contrefaits s'est particulièrement développée sur Internet. Ce phénomène constitue une grande menace pour les entreprises qui en sont victimes. En effet, la contrefaçon de marque se matérialise particulièrement à travers les noms de domaine utilisés pour identifier le site web d'une marque. Ces noms de domaine sont souvent composés par le nom de la marque et la contrefaçon apparait lorsqu'un tiers non titulaire de la marque enregistre un nom de domaine correspondant à cette marque afin de profiter de sa notoriété et d'altérer sa visibilité. Dans le cas de produits identiques ou similaires à ceux de l'entreprise commercialisés sur un site web, identifiés par le même signe ou presque que celui enregistré à titre de marque, et que le public susceptible d'acheter à partir de cette page internet est celui visé par la marque, la contrefaçon est bel et bien avérée. Il y a alors atteinte à la fonction d'identité d'origine. Dès lors, le risque de confusion pour le consommateur parait évident. Ainsi, l'exposition des marques sur internet est à surveiller, notamment dans l'utilisation qui peut être fait de ces marques par des tiers, pouvant entrainer une confusion du consommateur et le tromper. De façon générale, l'offre de produits et services sur internet encourage à la contrefaçon de par son caractère numérique et immatériel. La contrefaçon

[153] *Requena, G.*, L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque, D.2001, p.3604.

profite alors des flux de distribution et leur origine pour se matérialiser à travers des actes contrefacteurs.[154] La contrefaçon de marques sur internet se manifeste essentiellement dans des ventes flashs offrant des produits potentiellement contrefaits en temps limité et sur certains sites hébergeurs, tels que Ebay par exemple, pour n'en citer qu'un.[155]

Toutefois, il convient de relativiser ici l'impact de la contrefaçon sur le consommateur. En effet, la contrefaçon est une atteinte touchant plus particulièrement l'image d'une marque, dont les impacts se font ressentir essentiellement pour le titulaire de la marque et de façon mineure pour le consommateur. La plupart des contrefaçons sont en effet grossières, les différences de caractéristiques des produits sont évidentes, le consommateur percevra donc la contrefaçon tôt ou tard, que la tromperie ait été directe ou indirecte. Dans les cas les plus fréquents de contrefaçon de marque de luxe, il est alors clair que le consommateur pourra identifier aisément la contrefaçon ne serait-ce qu'au regard de la différence de prix flagrante. Toutefois, le consommateur étant attiré par le besoin d'acquérir ces produits ou services en raison du succès de la marque, il apparait que cette contrefaçon de marque reste importante.

[154] *Lassemblée-Léon, F-G.*, La contrefaçon sur internet : nouvelles difficultés, nouveaux enjeux, AJ Pénal, p.263.
[155] *Lassemblée-Léon, F-G.*, La contrefaçon sur internet : nouvelles difficultés, nouveaux enjeux, AJ Pénal, p.265.

Conclusion de la Première Partie :

Cette partie nous aura permis de mieux comprendre le concept de tromperie en matière de marque.
Il nous aura alors permis d'étudier l'ensemble des manifestations de tromperie en matière de marque, qui sont aussi diverses que variées, conférant alors un caractère complexe à la tromperie par la marque, celle-ci ne se limitant pas à un syndrome cause/effet, mais à un ensemble de facteurs ayant des effets multiples d'intensité différentes pas uniquement sur le consommateur.
Le consommateur est la seule constante de ce phénomène : celui-ci étant la victime subissant la tromperie, il est un standard par rapport auquel il est possible d'apprécier la tromperie par la marque. Toutefois, la complexité de la tromperie ressort également dans le degré d'intensité avec lequel elle peut atteindre le consommateur, celui-ci étant percevant la tromperie différemment et ses effets trompeurs seront plus ou moins importants sur celui-ci en raison d'un certain nombre de facteurs liés aux caractères du consommateur lui-même ou aux éléments concernés de la marque par la tromperie.
Nous avons alors pu approcher le phénomène de tromperie par la marque dans une acceptation beaucoup plus large, nous permettant alors de nous rendre compte que cette tromperie dépasse largement le cadre du droit des marques et s'inscrit dans un cadre beaucoup plus vaste, incluant le droit de la consommation mais aussi le droit de la concurrence. La tromperie dépasse le cadre fixé par le dispositif des droits des marques français, allemand et européen, tant son objet est multiple : ainsi lorsque la tromperie ne s'applique plus uniquement sur la composante matérielle intrinsèque qu'est le signe, mais s'étend sur les composantes matérielles extrinsèques que sont respectivement les produits ou services, le droit des marques ne suffit plus, il faut alors faire intervenir d'autres dispositifs. Sur ce point les conceptions du droit français et allemand divergent : l'un prônant le droit de la consommation, l'autre privilégiant le droit de la concurrence déloyale.

Dès lors que la tromperie en matière de marque est avérée et que ses effets néfastes sur le consommateur sont probants, il nous alors songer à des moyens permettant de protéger le consommateur de la tromperie, en envisageant des moyens de protection préventifs du consommateur et de sanctions de la tromperie par la marque. Pour cela, nous étudierons l'ensemble des solutions qui s'offre à nous, en mettant en balance la vision française de la tromperie axée sur le droit de la consommation avec une vision allemande accentuant l'aspect concurrentiel de la tromperie par la marque.

DEUXIEME PARTIE - Les moyens de traitement de la tromperie appliquée à la marque en vue de protéger le consommateur

Cette partie se consacre ici essentiellement à la mise en évidence de moyens permettant de non protéger le consommateur de la tromperie appliquée à la marque. Il s'agira donc de trouver des solutions pour combattre cette tromperie qui affecte nécessairement le consommateur comme nous l'avons démontré et des moyens de le protéger. Dès lors, se posera la question du choix de priorité entre la protection du consommateur face à la tromperie et le traitement du phénomène de la tromperie en elle-même.

- Rappel sur la nécessité de protéger du consommateur

Comme nous avons pu le mentionner, le consommateur et la garantie de lui octroyer un niveau de protection élevé, constituent un objectif essentiel de la politique de l'Union Européenne.[156] L'ensemble du dispositif légal nous apparait alors comme une conséquence logique de la prise de conscience de la nécessité de protéger le consommateur. A l'origine de cette protection se trouvent des intérêts économiques et politiques. N'importe quelle structure, de quelque nature que ce soit, repose sur une confiance inébranlable de l'ensemble de ses membres. Le consommateur est la clé de voûte sur lequel repose la structure de l'Union Européenne, il faut donc que sa confiance soit préservée.

En effet, l'UE étant une union économique à la base, le consommateur y joue un rôle essentiel dans le mesure où il est l'acteur majeur de l'activité économique étant le facteur premier de stimulation de consommation et donc de productivité et de croissance. Par ailleurs, le fait d'octroyer une protection du consommateur en lui garantissant une information non viciée, permet d'éviter les asymétries d'information impropres à un système économique de libre concurrence prônant la concurrence pure et parfaite.[157] Le consommateur sera également protégé tout particulièrement en matière contractuelle, en tant que partie faible au contrat et donc plus vulnérable.

Cette notion de consommateur vulnérable s'autonomise d'ailleurs de plus en plus en droit de l'Union Européenne, reflétant l'importance accordée à la protection de ce dernier.[158] Le droit de la consommation étant alors le droit consumériste par excellence, les intérêts du consommateur sont une priorité qu'il faut défendre à tout prix. Pour rendre effective cette nécessaire protection, le consommateur devra alors disposer d'un arsenal de mécanismes de défenses. Nous verrons alors quel

[156] *Grabitz, E., Hilf, M.,* Das Recht der Europäischen Union, Verbraucherschutz, para.31.
[157] *Ullmo, Y.,* Quelques réflexions sur la protection du consommateur, Revue d'économie financière, p.58.
[158] *Friant-Perrot, M.* Le consommateur vulnérable à la lumière du droit de la consommation de l'Union européenne, RTD Eur., p.483.

dispositif prévoit les instruments les plus efficaces pour protéger ce consommateur des tromperies en matière de marque.

- Double dimension de la protection du consommateur

La protection du consommateur est un double concept, qui s'envisage de façon préventive et curative. En effet, la protection est envisagée *a priori* à travers les moyens de prévention évitant que la tromperie jaillisse en matière de marque mais aussi *a posteriori*, au regard des possibles moyens de sanctions de la tromperie par la marque. Il s'agira ici pour nous de trouver, au regard de la complexité du phénomène de tromperie en matière de marque, les dispositifs légaux les plus adéquats et performants afin non seulement de pallier à cette tromperie, en évitant que celle-ci puisse apparaitre et déployer ses effets déceptifs, mais également dans le but de la sanctionner et de la réprimer dans le cas où cette tromperie finirait finalement par survenir.

Dans un premier temps, nous nous consacrerons à l'étude du dispositif proposé par le droit des marques en matière de protection du consommateur : la tromperie à laquelle nous nous sommes intéressées ici concernant la marque engendrant des effets trompeurs sur le consommateur, il est donc logique de notre part de vouloir vérifier si le droit des marques offre les moyens adéquats pour protéger le consommateur. Il faudra alors voir si le droit des marques dispose des caractères et des outils nécessaires à la protection du consommateur, tant à travers ses moyens de prévention de la tromperie en matière de marque, qu'au regard des instruments curatifs sanctionnant la tromperie.
(**Chapitre 1**).

Dans un second temps, au regard du constat fait à l'encontre du droit des marques, il nous apparaitra nécessaire d'étudier d'autres moyens mis à la disposition du consommateur ou des moyens directement consacrés à la protection du consommateur, en s'intéressant aux instruments traditionnels de protection exclusivement dédiés à sa protection. Nous reprendrons alors ici les deux conceptions de la tromperie évoquées précédemment : la tromperie « à la française » perçue à travers le droit de la consommation et la tromperie issue du droit de la concurrence allemand (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : La potentialité du droit des marques

Nous traiterons de la potentialité du droit des marques à protéger le consommateur, en prévenant et en combattant la tromperie, par les moyens qu'il pourrait développer dans ce but. Cependant, nous verrons lors de l'évaluation de la potentialité du droit des marques que cette éventualité de faire du droit des marques un dispositif protecteur du consommateur, ne peut qu'être avortée (**Section 1**). Par ailleurs, nous verrons que cette inadéquation du droit des marques à protéger le consommateur d'une tromperie par la marque, est une conséquence logique inhérente au fonctionnement intrinsèque de ce dispositif légal, si bien que l'on peut parler de potentialité consumériste « mort-née » (**Section 2**).

Section 1. Une potentialité avortée

Il apparait que le droit des marques est potentiellement détenteur de vertus permettant de protéger le consommateur. Ce droit dispose en effet de moyens destinés à lutter contre la tromperie s'appliquant à la marque, ce qui engendre nécessairement des effets positifs sur le consommateur, lui apportant donc des effets indirects de protection (**I**). Cependant, la gestation d'une protection du consommateur par le droit des marques est avortée avant terme. Il s'avère que le droit des marques, bien que prometteur, ne dispose pas des moyens nécessaires pour mener à bien cette protection du consommateur, tant à cause de l'insuffisance de son système que de l'inefficacité de ses recours (**II**).

I. Les effets indirects de protection du consommateur par le droit des marques

Ces effets indirects de protection du consommateur se manifestent dans la lutte du droit des marques contre le phénomène de tromperie par la marque. Cette lutte s'inscrit dans une double perspective : d'une part, le droit des marques constitue effectivement un outil efficace afin d'éviter que le consommateur ne soit trompé, en traitant le phénomène de déceptivité en amont (**A**), d'autre part, il est un instrument de lutte efficace contre la tromperie qui se serait tout de même manifestée, malgré le dispositif de lutte mis en amont (**B**).

A. Un outil efficace pour éviter la tromperie du consommateur par la marque

L'efficacité du droit des marques, afin d'éviter que la tromperie par la marque n'apparaisse et ne déploie ses effets sur le consommateur, se vérifie par la condamnation du phénomène de déceptivité qui est faite par le droit des marques, mais se constate également par le fait que le droit des marques

constitue un complément au dispositif du droit de la consommation en matière d'information et de prévention de la tromperie du consommateur.

1. Un moyen efficace de prévenir la tromperie par la marque elle-même

Un moyen efficace de protection le consommateur est évidemment d'éviter que celui-ci ne soit trompé *ab inito* par quelque procédé que ce soit. Dans cette mesure, nous avions vu précédemment que le droit des marques, envisageant le phénomène de déceptivité comme une tromperie par la marque même, avait pour effet d'éviter que le consommateur ne soit trompé. Cette lutte est donc dirigée dans l'intérêt du consommateur. Il apparait désormais nécessaire de montrer comment le droit des marques combat ce phénomène de déceptivité, cette lutte passant tout d'abord par une condamnation officielle de la déceptivité.

- La condamnation de la déceptivité : condition négative de validité.

Rappelons en effet que l'acquisition d'un droit de la marque s'opère en deux temps. Pour qu'une personne puisse acquérir un droit de marque et en devenir titulaire, la marque doit d'abord être valide et doit répondre pour cela à un ensemble de conditions. Il existe quatre conditions qu'une marque doit remplir pour être valablement enregistrée correspondant aux quatre caractères qu'un signe doit remplir. Ainsi, pour être valable, une marque doit être distinctive, disponible, licite et ne pas être déceptive. L'absence de déceptivité apparait alors comme une condition négative de validité d'une marque nationale mais aussi communautaire : en d'autres termes, pour qu'une marque soit valable, il faut qu'elle soit licite, donc ne pas être déceptive et ne pas engendrer d'effets trompeurs sur le consommateur. Nous avions précédemment qualifié la déceptivité à travers son caractère illicite. Ainsi, la condamnation de la déceptivité est matérialisée par le fait qu'elle soit qualifiée et reconnue comme illicite, en ce qu'elle constitue une condition négative de validité d'une marque. Le refus de voir reconnaitre la qualité de marque à un signe trompeur est donc la conséquence de l'illicéité reconnue au phénomène de déceptivité.

- La sanction de la déceptivité : le refus d'enregistrement.

La condamnation de la déceptivité, en ce qu'elle rend invalide une marque, se concrétise lors de la procédure d'enregistrement de la marque déceptive, mais nous verrons par la suite que cette condamnation est double et se concrétise aussi après la phase d'enregistrement, lors d'une procédure d'annulation de la marque.

Le moyen de combattre la déceptivité est de la sanctionner en l'empêchant d'exister et en rendant invalide la marque qui présenterait les caractères trompeurs inhérents à la déceptivité. En raison de

leur illicéité, les signes déceptifs font donc partie des motifs absolus de refus d'enregistrement aussi bien pour une marque nationale que pour une marque communautaire. Le RMC dans son article 7§1 est reproduit dans les dispositions du droit allemand des marques dans le §8 de la MarkenG, mettant en évidence sous forme de liste l'ensemble des motifs absolus de refus. Ces motifs absolus sont liés à l'intérêt général[159] et sont recherchés d'office par les autorités administratives. Ils se divisent en deux catégories, reprenant la vision adoptée par le droit français, reproduisant une distinction entre les signes légalement interdits et les signes déceptifs.

La marque déceptive peut alors être reconnue invalide lors de la phase d'enregistrement ou une fois l'enregistrement effectué. Lors de la phase d'enregistrement, après que le signe ait été déposé, un examen de fond sur ces conditions de validité est directement effectué. A cette phase de l'examen, s'il est avéré que le signe est déceptif cela constitue un motif de refus d'enregistrement de la marque. Le signe déceptif ne pourra donc pas être enregistré comme marque : la marque étant considérée comme nulle ou encore de « *brevitatis causa* »[160], selon les dispositions de l'article L.714-3 CPI. Ainsi, le rejet de la demande d'enregistrement d'une marque déceptive constitue une sanction administrative donnée par les organisations délivrant les titres de marques.
Ainsi, il apparait que le dispositif dont est doté le droit des marques pour éviter que la tromperie par la marque n'apparaisse, semble adapté et pertinent. La procédure administrative d'enregistrement semble en effet démontrer une certaine efficacité pour contrôler la validité des signes faisant l'objet d'une demande d'enregistrement. Ceci découle de l'action des offices nationaux, européens et internationaux de propriété intellectuelle, qu'il faut saluer ici dans le sens où leur examen approfondi lors de la procédure d'enregistrement permet d'éviter que des marques trompeuses n'émergent sur le marché.

2. Un complément au dispositif de protection du consommateur du droit de la consommation

Outre le fait de disposer de moyens intrinsèques à son système, permettant d'éviter que la tromperie n'apparaisse et ne déploie ses effets sur le consommateur, il semble également que le droit des marques constitue un dispositif complétant les dispositions du droit de la consommation. En effet, le droit de la consommation axe son champ d'action de protection du consommateur sur l'information de ce dernier. L'article L.120-1 du Code de la Consommation vient consacrer cette obligation d'information du consommateur. L'information est un droit reconnu par la Résolution n°39/248 des

[159] CJCE, Sat 2 P, SAT SatellitenFernsehen GmbH 16 sept. 2004, aff. C-329/02.
[160] *Azéma,J., Galloux, J-C.*, Droit de la propriété industrielle, p.852.para.1515.

Nations-Unies de 1985 ainsi que par le droit de l'Union Européenne, dans la charte du Conseil de l'Europe relative à la protection des consommateurs. Cette information se comprend dans un sens large, comme étant l'ensemble des moyens de communication permettant au consommateur de connaitre ses droits et permettant de le renseigner et l'aviser de toutes les pratiques commerciales pouvant l'intéresser ainsi que des possibles actions mises à sa disposition.[161] L'information se comprend aussi dans un sens restreint comme le moyen d'aviser le consommateur sur les qualités des produits. Par ailleurs, il est à noter que la Loi Hamon du 17 mars 2014 est venu renforcer l'obligation d'information du consommateur, à travers le développement de modes de consommation responsables, faisant ainsi peser de nouvelles obligations sur le professionnel. [162] Le droit de la consommation dispose alors d'instruments pertinents pour informer le consommateur, sa protection est la raison d'être du dispositif du droit de la consommation.

En effet, un vaste dispositif est alors mis en place afin que le consommateur soit en mesure de posséder toutes les informations qui lui sont nécessaires pour effectuer au mieux son choix économique : comme dit si bien le proverbe, « un homme averti en vaut deux ». L'étiquetage des produits et services, l'affichage des prix et la règlementation des soldes et promotions semblent être les trois mesures phare destinées à informer le consommateur. Ces mesures sont explicitées par les articles R112-1[163] et R112-7[164] du code de la consommation.

La marque figurant sur les produits semble alors pouvoir constituer un élément d'information au consommateur qui lui permet de situer l'origine commerciale du produit ou service qu'il est enclin à acheter. Par ailleurs, la marque est entrée dans les mœurs comme un véritable indicateur de prix : une marque permet en effet de justifier du prix plus ou moins élevé pratiqué par une entreprise. Aussi, n'oublions pas que la marque est présente pour guider le consommateur face à l'abondance de l'offre et constitue une référence vers laquelle le consommateur pourra se tourner, car rassuré, car il pourra reconnaitre les qualités essentielles du produit qu'il achète, car il en a été informé préalablement par le message délivré par la marque, utilisant alors son image. On en déduit donc un pouvoir d'information conféré à la marque.[165] Les marques servent les consommateurs également dans la mesure où elles les aident à repérer parmi la variété de biens proposés, ceux qu'ils souhaitent se

[161] *Raymond, G.*, Information du consommateur, JCl. Fasc.n° 845, p.3.
[162] *Raymond, G.*, Information du consommateur, JCl. Fasc. n° 845, p.3.
[163] Etiquetage correspond aux mentions, indications, marques de fabrique ou de commerce, images ou signes se rapportant à une denrée alimentaire et figurant sur tout emballage, document, écriteau, étiquette, bague ou collerette accompagnant ou se référant à cette denrée alimentaire
[164] L'étiquetage et les modalités selon lesquelles il est réalisé ne doivent pas être de nature à créer une confusion dans l'esprit de l'acheteur ou du consommateur, notamment sur les caractéristiques de la denrée alimentaire et notamment sur la nature, l'identité, les qualités, la composition, la quantité, la durabilité, l'origine ou la provenance, le mode de fabrication ou d'obtention.
[165] *De Broisse, P.*, Marques et marques, La revue des marques, p.76.

procurer. La marque se situe alors au centre de toute la politique d'information du consommateur, en ce qu'elle est un outil incontournable de la communication d'une entreprise.

Ainsi, le droit des marques, en permettant d'éviter que n'existent des marques trompeuses sur le marché contribue à l'information du consommateur, telle qu'elle est mise en œuvre par le droit de la consommation. Il semblerait alors que la marque, en répondant à cette réglementation européenne volontariste quant à l'information du consommateur, se situe dans la lignée des objectifs poursuivis par le droit de la consommation.

On se rend d'ores et déjà compte que le droit des marques contribue à la protection du consommateur de façon indirecte, car dans la prévention de la tromperie le consommateur n'est pas visé directement, sa protection est une conséquence indirecte d'autres impératifs poursuivis par le droit des marques, que nous verrons par la suite.

B. Un moyen de combattre la tromperie du consommateur par la marque

La prévention du consommateur, en évitant que celui-ci puisse être trompé par le biais d'une marque, est un premier angle d'attaque de la possible protection du consommateur. Le droit des marques permet également d'éviter *a posteriori* que le consommateur ne soit confronté à une marque déceptive ou à une marque entrainant sa confusion sur un marché économique.

1. La sanction de la déceptivité de la marque : l'annulation

Nous l'avions mentionné, la déceptivité est doublement condamnée et sanctionnée, car il également possible de demander l'annulation de cette marque une fois que celle-ci aura été enregistrée, en invoquant le motif absolu d'annulation pour cause de déceptivité. Il sera alors possible pour tout tiers intéressé de demander l'annulation de l'enregistrement de la marque déceptive à travers une action en nullité. Il convient de préciser qu'il s'agit d'une nullité absolue qui résulte d'un vice intrinsèque à la marque, le signe ne pouvant constituer une marque en lui-même, comme c'est évidemment le cas pour le phénomène de déceptivité.[166] La nullité absolue implique que tout tiers puisse l'invoquer et introduire une action en justice afin de faire annuler la marque trompeuse. Dans le cas de l'annulation de la marque déceptive, il s'agira alors d'une sanction judiciaire prononcée par un juge. La tromperie par la marque elle-même est donc non seulement sanctionnée a priori mais aussi a posteriori de la procédure d'enregistrement. Dans cette mesure, il semble donc possible de considérer

[166] *Azéma,J., Galloux, J-C.,* Droit de la propriété industrielle, p.852.para.1516.

que le droit de marque est un moyen légal offrant un dispositif adéquat pour combattre la marque déceptive ayant été mise en circulation sur le marché.

Par ailleurs, au regard du peu d'actions en annulation de marques déceptives ayant abouties, il semble possible de dire que la procédure de condamnation de la tromperie effectuée en amont est des plus efficace. Enfin, il est possible de faire un parallèle entre les mesures du droit de marques de lutte contre la déceptivité et les mesures d'information du droit de la consommation. En effet, le fait de chercher à détecter la tromperie sur la nature, qualité ou origine géographique du produit ou service est un parallèle à l'obligation d'information en droit de la consommation. La recherche de déceptivité par le droit des marques est donc le corollaire des mesures d'étiquetage, des mesures d'information, de façon plus générale, destinées à déterminer la nature qualité et provenance du produit ou service, afin de garantir que le consommateur soit bien informé.

2. Le dispositif de lutte contre la contrefaçon

Comme nous l'avons vu précédemment, la tromperie peut également porter se manifester lorsque la marque est contrefaite, son signe étant alors utilisé de façon illicite par un tiers qui cherche à profiter de l'image d'une autre marque. Ainsi, le combat du droit des marques contre le risque de confusion engendré par la contrefaçon semble clairement se situer dans la ligne de lutte contre la tromperie et donc indirectement de protection du consommateur. Ce n'est donc pas un hasard si le dispositif de lutte contre la contrefaçon s'est renforcé, notamment par les dispositions de la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014[167], il s'avère que la contrefaçon en matière de marque reste un phénomène important. Par ailleurs, ce phénomène étant tellement important qu'il atteint évidemment le secteur de la consommation. En effet, la lutte contre les produits contrefaits constitue également un objectif du droit de la consommation, tant ceux-ci peuvent être dangereux pour le consommateur, notamment les contrefaçons de médicament. Ainsi, le droit des marques à travers l'action en contrefaçon par le titulaire de la marque donne les instruments nécessaires, permettant de protéger le consommateur en évitant que celui-ci ne puisse être confronté à des produits ou services contrefaits.

Malgré des effets potentiels de protection déployés, nous allons voir que le potentiel du droit des marques est un échec car ces effets sont entravés par l'inopérance des moyens octroyés par le droit des marques pour le protéger efficacement de la tromperie par la marque.

[167] *Le Stanc, C.,* Agitation législative, Propriété industrielle p.1.

II. L'inopérance des moyens octroyés par le droit des marques pour protéger le consommateur d'une tromperie par la marque

Bien que le droit des marques ait des effets indirects de protection sur le consommateur en luttant contre la déceptivité, le droit des marques est inadapté en pratique pour remplir des objectifs protecteurs à l'encontre du consommateur dans le cadre d'une tromperie par une marque.
Pour prouver nos allégations, nous montrerons que les moyens du droit des marques sont insuffisants pour prévenir l'ensemble des hypothèses de tromperie (**A**) et que ses moyens protectifs à l'égard du consommateur sont de toute façon inefficaces (**B**).

A. L'insuffisance des moyens détenus par le droit des marques pour prévenir de l'ensemble des hypothèses de tromperie

L'insuffisance du droit des marques pour protéger le consommateur efficacement lorsque la tromperie s'applique à la marque, s'exprime à travers deux constats : d'une part le droit des marques est inapte à couvrir l'ensemble des cas possibles de tromperie en matière de marque, d'autre part, le droit des marques ne s'avère pas toujours adapté pour gérer la tromperie une fois survenue après l'enregistrement d'une marque.

1. Le droit des marques ne couvre pas la tromperie sur les produits et services

Dans nos précédents développements, où nous avions envisagé les différentes manifestations de la tromperie, nous avions alors abordé la tromperie intrinsèquement liée à la marque à travers le phénomène de déceptivité qui est condamné et sanctionné par le droit des marques.
Toutefois, nous pouvons désormais noter que toutes les autres formes de tromperie en matière de marque ne peuvent être traitées par le droit des marques, puisque la tromperie en matière de marque ne se greffe pas qu'à la marque intrinsèquement.
En effet, la tromperie comme nous l'avons vu peut se greffer sur les produits ou services. Cependant, dans ce cas ce ne sont pas les dispositions du droit des marques sur la déceptivité qui auront vocation à s'appliquer, mais bel et bien les dispositions relatives au droit de la consommation. En effet la tromperie affectée aux produits et services, malgré le fait qu'une marque y soit apposée reste du ressort du droit de la consommation qui l'envisage à travers le délit de tromperie, en droit français. La marque apparait comme un procédé permettant de tromper le consommateur sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de

produits ou services, mais aussi sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise, l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre. Or, le droit des marques ne couvre pas ce type de tromperie, d'où le premier élément permettant de caractériser l'insuffisance du droit des marques pour traiter de tous les types de tromperies afférant à une marque.

La déceptivité d'une marque s'apprécie au regard des dispositions du code de la propriété intellectuelle et non de celles des articles R. 112-1 et R. 112-7 du code de la consommation, ceci a été affirmée encore récemment dans une affaire sur la marque « Confi'pure ».[168] Cette décision vient confirmer une tendance bien établie par la Cour de Cassation qui veut que l'usage qui soit fait de la marque relève des dispositions du droit de la consommation, plus précisément de la prohibition de la publicité de nature à induire en erreur (C. consom., art.L. 121-1) et des fraudes et tromperies (L.213-1).[169] Une marque a pour fonction première de « *garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit de ceux qui ont une autre provenance* ».[170] En revanche, l'étiquetage « *a pour objet de fournir à l'acheteur et au consommateur des informations sur les caractéristiques du produit concerné* ».[171] En d'autres termes, la déceptivité ne peut être envisagée que par le droit des marques, qui ne peut traiter que de ce type de tromperie par la marque. En droit allemand, les cas autres que ceux de la déceptivité concernant une éventuelle survenance de tromperie en matière de tromperie engendreront l'application du droit de la concurrence déloyale.

2. Le droit des marques ne peut gérer efficacement l'utilisation du signe trompeur

Le corollaire de l'inaptitude du droit des marques à traiter de l'ensemble des manifestations de tromperie ayant attrait à la marque lorsque celle-ci vient se greffer sur les produits ou services, est de ne pouvoir gérer efficacement la tromperie lorsque la marque est enregistrée et qu'elle est utilisée dans le cas de la publicité pour valoriser son image de marque.

Par ailleurs, lorsque la marque est utilisée dans le cadre de la publicité comparative de façon déloyale trompeuse et malhonnête par un concurrent, ce ne sera pas le droit des marques qui aura vocation à s'appliquer mais bel et bien les lois contre la concurrence déloyale.[172] Dans ce cas encore, ce ne sera pas le droit des marques qui aura vocation à s'appliquer mais encore le droit de la consommation en

[168] Cass. Com., 21 janvier 2014, Pourvoi n°12-24959
[169] Cass. Crim., 19 octobre 2004, Bull. civ. IV, n° 245 p. 908, cité par *Passa, J.*, Concurrence-Responsabilité civile, L'usage d'une marque déceptive et le délit de publicité de nature à induire en erreur, p.223.
[170] Cass. Com., 21 janvier 2014, Pourvoi n°12-24959
[171] Cass. Com., 21 janvier 2014, Pourvoi n°12-24959
[172] *AIPPI,* Question 95, L'usage des marques d'autrui sans danger de confusion,p.292

droit français ou le droit de la concurrence en droit allemand. La seule hypothèse où le droit des marques resterait adapté, serait le cas de dégénérescence, mais là encore nous avons vu que ce cas de tromperie reste totalement subsidiaire, tant par sa preuve d'apparition que par la probabilité d'être un jour une manifestation de tromperie par la marque suffisamment significative.

En outre, il convient de préciser que le droit des marques a seulement vocation à empêcher qu'un signe déceptif ne soit déposé à titre de marque, toutefois ce dispositif légal n'empêche pas l'utilisation de ce même signe trompeur qui peut être fait. Le droit des marques n'a en effet jamais empêché le déposant ou ancien titulaire de commencer ou de continuer à l'utiliser». Lorsque l'article L.711-3 dispose bien que « ne peut être adopté comme marque ou élément d'une marqueun signe trompeur ». Cependant, comme Jérôme Passa le soulignait si justement le mot « adopté » dans cette disposition du code de propriété intellectuelle doit ici être compris comme signifiant qu'un tel signe ne peut être choisi pour constituer une marque valable, et non qu'il ne peut être utilisé. Ainsi, le droit des marques se trouve inopérant pour contrôler l'usage du signe qui peut être fait par un titulaire. De plus, il peut arriver qu'un titulaire de marque modifie son logo lorsqu'il choisit de réorienter ses opérations marketing et les cibles de consommateur visés. Dès lors, le droit des marques est inapte à contrôler cette modification de l'usage du signe composante la marque, même si ce changement peut affecter le consommateur.

De plus, conformément au principe d'épuisement des droits de propriété intellectuelle, le titulaire peut mettre sur le marché les produits et services portant sa marque. Cependant, une fois mis sur le marché, le propriétaire ne peut s'opposer à la revente de ces produits sur le territoire où ils ont été commercialisés. Dans ce cas les revendeurs pourraient, mais ne devront pas, tromper le public notamment en engendrant la confusion dans l'esprit du consommateur. Ils pourraient s'agir des distributeurs ou licenciés avalisés officiellement par le titulaire de marque. Dans ce cas, le titulaire ne dispose pas d'actions possibles sur le terrain du droit des marques.

Ainsi, il nous apparait que le droit des marques a vocation à s'appliquer dans le cas où la tromperie porterait sur la marque en elle-même. Or, nous avions précédemment évoqué que ce cas de tromperie n'apparaissait que rarement aux yeux du consommateur, puisque les refus d'enregistrement sont souvent prononcés par les offices de propriété intellectuelle, évitant ainsi que le consommateur ne soit confronté à ce type de tromperie. Ainsi, la majeure partie des cas de tromperie en matière de marque auxquels sera confronté le consommateur ne sera pas traité par le droit des marques mais par d'autres dispositifs légaux. Il apparait que le droit de marque est non seulement insuffisant mais aussi inopportun à gérer la tromperie qui pourrait concerner le consommateur directement.

B. Les moyens inefficaces de sanction de la tromperie du consommateur en droit des marques

En plus d'être insuffisant et inopportun, le droit des marques ne délivre pas les moyens nécessaires au consommateur pour se défendre en cas de survenance de tromperie par une marque et n'est pas adéquat pour sanctionner l'usage déceptif qui est fait de la marque.

1. L'absence de recours concrets pour le consommateur

Même si l'on cherchait à faire prévaloir des considérations consuméristes, en voulant considérer le droit des marques comme apte à protéger le consommateur de la tromperie, celui-ci n'aurait pas les moyens d'offrir au consommateur des recours concrets lui permettant de se voir reconnaitre son préjudice engendré par cette tromperie. Ceci découle bien évidemment de l'absence de conception consumériste que nous avions précédemment mentionné.

En effet, la conséquence logique de l'absence du consommateur des dispositions du code de propriété intellectuelle, serait donc que celui n'ait pas de recours possibles délivrés par ce même code. En effet, que ce soit pour effectuer une action en annulation d'une marque ou une action en déchéance, il faut que celui qui intente ces actions détienne un intérêt à agir. Tout intéressé peut alors agir en annulation ou en déchéance, toutefois, bien évidemment ces personnes détenant un intérêt à agir ne sont que les concurrents ou de façon plus générale des titulaires de marque. Si la validité d'une marque peut être contestée en raison de l'absence de distinctivité, de son caractère descriptif ou de sa dégénérescence, ce n'est pas le consommateur qui a la plus grande légitimité pour participer comme partie à la procédure car seuls les intérêts du titulaire de marque sont atteints.[173] Ceci exclut donc littéralement le consommateur comme potentiel intéressé par les recours offerts en droit de marque. En outre, il apparait évident que le consommateur ne peut agir dans le cas de contrefaçon sur le terrain du droit des marques, cette action en contrefaçon étant réservée au titulaire de la marque contrefaite, qui cherche à faire valoir son monopole d'exploitation du signe. Le consommateur, bien que pouvant ressentir les effets d'une tromperie en matière de marque, aucun recours ne lui est offert sur le terrain du droit des marques. En outre, le consommateur ne bénéficie d'aucun moyen concret de protection.

[173] *AIPPI*, Les marques et la protection du consommateur, Q.80, p.83

2. L'absence de sanctions de la tromperie prévu le droit des marques

L'usage déceptif d'une marque à des fins trompeuses est la manifestation la plus importante de tromperie. Cependant, comme nous l'avons vu, il n'existe aucune sanction sur le terrain du droit des marques, les seules sanctions que celui-ci peut appliquer sont relatives à la déceptivité de la marque : refus, annulation, déchéance.

Toutefois, même si cet usage déceptif est sanctionné par d'autres dispositifs légaux que le droit des marques, ceux-ci ne sanctionnent que la cause et donc l'auteur de la tromperie. Ainsi, même si le consommateur apparait comme victime directe de cette tromperie, on cherchera à adopter une logique répressive, en punissant l'acte et donc surtout celui qui a été à l'origine de la tromperie. Ces sanctions, au visa de l'article L.213-1 du code de la consommation sont de nature pécuniaire dans la plupart des cas, mais peuvent aussi être de nature à engendrer la cessation d'activité d'un professionnel, allant même jusqu'à des peines d'emprisonnement. Le même type de sanctions vaut également en droit allemand, toujours au regard des dispositions de la loi contre la concurrence déloyale dans le §16 UWG.

Ainsi, face à un délit de tromperie, la protection du consommateur par la prise en compte de son préjudice ne figure pas au premier plan des objectifs. Cependant, en abordant une conception pratique, ceci peut se comprendre. En effet, le préjudice subi par le consommateur dans un cas de tromperie par la marque est tout relatif dans la mesure où les conséquences réelles pour lui autant morale que patrimoniale sont souvent d'importance mineure en comparaison du préjudice économique subit par des concurrents qui est souvent important, en raison de la perte de gains impactant le chiffre d'affaire de l'entreprise.

Section 2. Une potentialité mort-née

Non seulement le droit des marques manifeste des effets indirects de protection sur le consommateur, mais cet effet protectionniste du droit des marques à l'encontre de ce consommateur découle aussi d'une tendance actuelle du législateur et de la vision de la marque par les consommateurs qui veulent voir la marque dotée d'une vraie mission de protection à l'égard du consommateur, en faisant de celle-ci une garantie de qualité des produits et services (**I**). Toutefois, lorsque l'on étudie précisément le droit des marques, on comprend alors qu'il est totalement chimérique de faire de ce dispositif légal un corpus juridique supplémentaire dirigé vers la finalité de protection du consommateur. En effet, nous allons voir qu'à l'origine ce droit n'est pas du tout construit autour d'une conception consumériste à visée protectrice du consommateur (**II**). Il en découle donc que cette potentialité de

protection est mort-née, puisque ne dispose pas des conditions de développement nécessaires à la base.

I. La volonté réelle de faire du droit des marques un véritable outil de protection du consommateur

Ce caractère protecteur du droit des marques pour le consommateur provient d'une réelle volonté de faire du droit des marques un outil doté de qualités de protection du consommateur et passe par l'allocation de nouvelles fonctions octroyées à la marque (**A**) et par la mise en œuvre d'un dispositif pratique concrétisant cette volonté (**B**).

A. Le déploiement de nouvelles fonctions attribuées à la marque : le dispositif théorique

Nous avions déjà évoqué dans nos précédents développements que la marque remplissait un ensemble de fonctions servant à délimiter le périmètre de son objet spécifique. Nous avions alors déjà mis en évidence que la marque avait une fonction de garantie d'exclusivité et une fonction essentielle de garantie d'identité d'origine. Toutefois, la proclamation de nouvelles fonctions attribuées à la marque est venue quelque peu changer la donne, transformant peu à peu l'essence du droit de marque. Cette transformation n'est pas sans explication et se nourrit de l'idée que le consommateur se fait lui-même de la marque en lui faisant déployer des effets allant au-delà des fonctions telles que définies par la CJUE.

1. Vers une fonction de garantie à une fonction de qualité ?

Nous le savons bien, la fonction essentielle d'une marque est d'assurer au consommateur que les produits ou services désignés ont une origine déterminable et déterminée. La marque est aussi une incitation pour leurs titulaires à maintenir et améliorer la qualité des produits ou services vendus sous ces marques afin de maintenir la fidélité de la clientèle.

- Fonction de garantie d'identité d'origine comme garantie de qualité ?

On pourrait s'interroger, sémantiquement parlant, sur les termes de définition de la fonction essentielle de garantie d'identité d'origine. Ces termes peuvent-ils être valablement interprétés comme étant l'assurance par la marque d'une provenance et de qualité des produits et services ? En cas de réponse positive, il semblerait que la marque puisse être alors assimilée dans cette mesure à un

gage de qualité des produits destinés à rassurer le consommateur. La garantie d'identité d'origine apparait comme l'assurance de la même origine commerciale pour tous les produits ou services d'une même marque, mais peut aussi être conçue comme un standard impliquant une garantie constante de qualité.

- Emergence de la fonction de qualité

Par ailleurs, notre propos tend à se confirmer au regard de la création de nouvelles fonctions de la marque par la CJUE. En effet, la jurisprudence de la CJUE est venue à l'occasion de l'affaire L'Oréal/Bellure, évoquée précédemment, adjoindre à la marque des fonctions supplémentaires, parmi elle, une fonction de qualité. Cette fonction de qualité nous intrigue d'autant plus qu'elle n'a pas été clairement définie par la CJUE dans des jurisprudences ultérieures à l'affaire L'Oréal/Bellure. De ce fait, il est possible de soumettre cette fonction à diverses interprétations, modifiant quelque peu la portée initiale du droit de marque. En effet, on pourrait légitimement se demander si la fonction de qualité n'induit pas que les produits et services fournis par une entreprise doivent répondre à un certain standard de qualité à la hauteur de la réputation de la marque. Ainsi, pour nous, il serait possible de relier la fonction de qualité à l'image de la marque. En effet, le message véhiculé par la marque souvent laudatif quant aux qualités et mérites détenus par les produits et services, porte à croire que ces produits ou services désignés par la marque sont porteurs de ce message et détiennent donc toutes les vertus prodiguées par l'image de la marque. Il semblerait que la marque puisse induire une référence en terme de qualité.

2. De nouvelles fonctions induites par un contexte économique modifiant le comportement du consommateur

Il semblerait que la propension à octroyer une fonction de qualité à la marque ait été encouragée non seulement par le contexte économique mais aussi par une évolution comportementale du consommateur qui aurait influencé les entreprises dans leurs stratégies.

En effet, il semble que le contexte de mondialisation accentuant la compétitivité des entreprises et rendant la concurrence toujours plus féroce, ait engendré un fort sentiment d'insécurité chez les consommateurs. Ce besoin de rassurer les consommateurs face à un contexte économique peu enclin à la confiance, semble avoir modifié les attentes des consommateurs qui semblent alors avoir cristallisé leur besoin de sécurité en arborant des exigences toujours plus importantes quant aux produits et services qu'on leur propose. Il va sans dire que les entreprises ont donc dû s'adapter à cette modification comportementale des consommateurs toujours plus exigeants. C'est ainsi que les marques ont été l'outil mis en avant par les entreprises pour pallier à l'inquiétude des

consommateurs. Ceci peut être illustré à travers les pratiques de communication institutionnelle du *branding*, définies comme des pratiques de travail sur les valeurs et le positionnement de la marque, destinées à répondre à certaines attentes des consommateurs ciblés.[174] Ce travail a permis de développer tout particulièrement le concept d'image de marque, la qualité émanant alors du titulaire lui-même, cherchant à véhiculer un message de qualité par l'image de sa marque. Ainsi, il semblerait que l'exigence des consommateurs ait accrue son pouvoir sur les décisions marketing et de communication menées par une entreprise, qui se sont alors de plus en plus dirigées vers la propagation de messages rassurants et synonymes d'un retour aux valeurs recherchées par les consommateurs en quête de sécurité et de réconfort. Les consommateurs attendent alors de la marque au minimum une certaine constance de qualité des produits ou services, mais assimilent en fait la marque à un standard de qualité.

B. L'émergence de marque dotée de fonction consumériste : le dispositif pratique

De la réflexion théorique sur la véritable fonction de la marque comme devant répondre aux exigences de qualité des consommateurs, induites par un besoin de sécurité en raison d'un contexte économique particulier, nous pouvons déduire la mise en œuvre d'un dispositif pratique, transposant le dispositif théorique préalablement mis en évidence.

1. Emergence de marque de « qualité »

Une des réponses apportée pour rassurer le consommateur est alors la marque collective de certification. Cette marque remplit plus que sa mission de garantie d'identité d'origine, puisqu'elle certifie que le produit ou service marqué présente des caractères précisés dans un règlement d'usage. Ces critères portent ainsi sur la nature, les propriétés ou les qualités des produits ou services. Le particularisme de cette marque de certification est son caractère collectif. En effet, cette marque n'appartient pas au titulaire ayant effectué le dépôt, mais constitue la propriété d'une entité indépendante et impartiale et totalement neutre, dénuée de toutes préoccupations liées à des intérêts privés.[175] Cette entité est par ailleurs le gardien de la certification surveillant le bon usage qui doit en être fait, devant être en conforme aux qualités engagées. Il s'agit le plus souvent d'organismes certificateurs, autorisant l'apposition de logos destinés à informer le consommateur que ce produit ou service certifié répond à une exigence certaines et remplit bien les critères nécessaires.[176]

---

[174] *De Broisse, P.*, Marques et marques, la revue des marques, p.74.
[175] *De Broisse, P.*, Marques et marques, la revue des marques, p.75.
[176] *Penneau, A.*, La certification, JCl., Fasc n° 5300, p.11, para.26.

On constate le chemin réalisé, où l'on est passé d'une marque ordinaire à la création d'une marque de certification remplissant une fonction sociale d'importance majeure, puisqu'elle est le corollaire de la fonction de qualité évoquée par la CJUE, assurant que le produit ou le service portant la certification soit bien conforme aux caractères nécessaires à son utilité et sa valeur, évitant aussi que le consommateur ne puisse être trompé. Ainsi de l'idée que le consommateur se faisait d'une marque attendant d'elle un minimum de qualité et de constance, il semblerait bien que l'idée ait été finalement concrétisée par le biais de la marque de certification.

Se situant dans la même direction, on peut mentionner aussi le cas particulier des marques vitivinicoles[177], où, pour échapper au caractère collectif des marques de certification ou aux aspects contraignants engendrés par les indications géographiques, les opérateurs économiques cherchent à avoir recours aux marques ordinaires. Les marques vinicoles seront des marques commerciales classiques, tandis que les marques viticoles sont associées à des domaines célèbres ou à des communes ou exploitations dans lesquelles sont produits les vins par le biais d'un toponyme.[178] Ces marques vitivinicoles s'inscrivent alors dans la tendance de vouloir faire de la marque un outil de garantie, quitte à quelque peu empiéter sur le champ d'application matériel des indications géographiques et appellations d'origine en utilisant des dénominations géographiques à titre de marque.

2. Encouragement des labels

La conséquence liée à la création de marques de certification est l'apparition des labels qui tendent de plus en plus à se développer. Les labels constituent une sorte de marque de certification particulière. Ils sont le plus souvent définis comme des signes distinctifs permettant de valoriser un produit par rapport à un autre, mettant en avance des spécificités, des qualités et des valeurs certaines. Ces labels sont dotés de pouvoirs importants en ce qu'ils constituent un véritable repère de garantie pour le consommateur, attestant une qualité certaine du produit ou service, lui facilitant alors son choix. Les labels les plus connus sont attraits à l'agriculture, notamment le biologique, mais aussi à l'origine géographique des produits. On peut alors citer à titre d'exemples, le Label Rouge et Agriculture biologique, tous deux représentés par des logos reconnaissables par tous. Ils se situent donc principalement dans les secteurs alimentaires, dont la fiabilité, la transparence et la sécurité sont une exigence impérative pour le consommateur. Ces secteurs particulièrement sensibles, où la marque ne suffit donc plus pour rassurer le consommateur, se sont alors aidés des labels pour

[177] Bahans Menjucq, Droit de la vigne et du vin : Aspects juridiques du marché vitivinicole : LexisNexis, 2e éd. 2010, n° 541, cité par *Basire, Y.*, La coexistence des marques composées d'un toponyme : retour sur la saga « Cheval Blanc ».
[178] *Basire, Y.*, La coexistence des marques composées d'un toponyme : retour sur la saga « Cheval Blanc ».

rassurer leur consommateur devenu méfiant. Par ailleurs, ces labels jouent beaucoup sur la dimension patrimoniale et culturelle des produits notamment en mettant en avant des valeurs d'authenticité et de savoir-faire.
Ainsi, non seulement le droit des marques est capable d'engendrer indirectement des effets protecteurs sur le consommateur, mais il semble aussi que le dispositif théorique mis autour de la marque, dont le consommateur et ses attentes sont à l'origine, ait induit la mise en œuvre d'un dispositif pratique destiné à faire de la marque un véritable outil de garantie de qualité, dépassant le cadre initial imposé par le droit des marques.

Toutefois, tous ces espoirs de voir en la marque un outil de protection du consommateur lui octroyant une fonction consumériste ne sont-ils pas vains et illusoires au regard de la véritable nature du droit des marques ?

II. Le droit des marques n'est pas fait à la base pour protéger le consommateur

Après avoir mis en évidence un certain nombre de constats permettant de déduire qu'il y avait une véritable recherche de faire du droit des marques un droit toujours plus consumériste, il est donc temps de revenir aux fondamentaux et de reprendre l'essence même du droit de marque. Nous nous rendrons alors compte que les constats précédents résultent d'une déformation du droit des marques (**A**) et que la prétendue protection du consommateur en droit des marques n'est qu'un prétexte destiné à servir d'autres intérêts (**B**).

A. La déformation du droit des marques comme outil de protection du consommateur face à la tromperie

Pour mieux comprendre pourquoi on peut parler ici déformation de la finalité du droit des marques, nous allons devoir rappeler le passé du droit des marques et ses fondements originaux dénués de toute préoccupation consumériste et envisager l'avenir du droit des marques à travers le nouveau paquet marque présenté en 2013.

1. L'absence de caractère consumériste conféré au droit des marques : un droit dirigé vers la protection de la propriété du titulaire

Il est reconnu aux droits de propriété intellectuelle le caractère de propriété, ceci est notamment affirmé par la Charte des Droits Fondamentaux. Le droit des marques est alors un droit de propriété :

le propriétaire est titulaire d'un droit portant sur un signe exclusif et détient alors toutes les prérogatives de la propriété : *usus*, *fructus* et *abusus*.

- La vocation du droit des marques : la protection du titulaire de la marque

Lorsque nous avions initialement évoqué le droit de marque, nous l'avions alors défini comme un droit privatif octroyant à son titulaire un monopole d'exploitation lui garantissant une exclusivité dans l'utilisation du signe pour lequel a été demandé un titre de marque. L'ensemble des dispositions du droit des marques, telles que présentées dans le code de la propriété intellectuelle ne visent que l'acquisition et l'exploitation du droit des marques et ne sont ainsi donc destinées qu'à l'attention du titulaire de la marque. De façon générale, les droits de propriété intellectuelle rassemble des droits tournés vers le titulaire ne laissant qu'un rôle secondaire au consommateur qui apparait de façon sporadique dans cette branche du droit, à tel point qu'il est possible de voir le consommateur comme une « *arlésienne* » en propriété intellectuelle, un personnage fictif dont on a entendu parler mais qui n'apparait jamais vraiment.[179]

- Le rôle subsidiaire du consommateur en droit des marques

Toutefois, il est vrai que le consommateur occupe une place dans le droit des marques, car comme nous l'avons mentionné à mainte reprises, celui-ci constitue un standard essentiel par rapport auquel le droit des marques est obligé de se référer constamment. De façon générale, le consommateur occupe une place essentielle dans la vie et dans le devenir d'une marque. Cependant, une preuve matérielle irréfutable permet de constater le caractère subsidiaire du rôle joué par le consommateur en droit des marques : l'absence de dispositions le concernant spécifiquement dans le code de la propriété intellectuelle en droit français comme en droit allemand. Comme le dit Jérôme Passa de façon on ne peut plus explicite : « *Le droit des marques se soucie-t-il de la protection du consommateur ? La réponse est largement négative* ».[180] Au-delà d'une simple opinion doctrinale, cette affirmation est le reflet d'une réalité certaine. Le consommateur au regard du droit des marques constitue un standard permettant de garantir l'effectivité et la crédibilité du système du droit des marques. Nous l'avons vu notamment au regard de l'appréciation du caractère déceptif d'un signe qui se fait essentiellement en tenant compte de la perception du consommateur moyen d'attention moyenne. Le consommateur n'est une préoccupation seulement en ce qu'il résulte du caractère commercial de la marque ayant vocation à s'appliquer nécessairement dans un contexte économique.

[179] *Piatti, M-C.*, Le consommateur, arlésienne de la propriété intellectuelle ?, Revue Lamy Droit des affaires, p.77.
[180] *Passa, J.*, Le droit des marques et le consommateur, Revue Lamy droit des affaires, p.78.

2. La retour de la tendance d'une fonction essentielle de la marque excluant la protection du consommateur: le paquet marque de 2013.

Le droit des marques semble enclin à de profondes modifications et évolutions. Ceci s'illustre particulièrement lors de l'année précédente, où en 2013 un projet de modification de la directive marque de 2008 et un projet de refonte du RMC ont été initié par la Commission Européenne dans le cadre d'une réforme du droit des marques.[181] Bien plus que des modifications visant à perfectionner le système existant, il est possible de qualifier ce « paquet marque » de véritable refonte du système. Nous ne détaillerons pas ici l'ensemble des modifications et nous nous contenterons de remarquer le revirement opéré quant aux fonctions de la marque. En effet, la proposition de directive semble effectuer un retour à une vision traditionnelle de la fonction de la marque et en vient jusqu'à préciser que seule compte l'atteinte à la fonction essentielle de garantie d'identité d'origine pour apprécier l'existence d'un acte de contrefaçon.[182] Elle doit être démontrée par le titulaire d'une marque enregistrée, mais uniquement en cas de « double identité », à savoir lorsque le signe et les produits ou services sont identiques ou en cas de similitude entre les signes[183]. Dans l'exposé des motifs de la proposition, la Commission évoque en effet un risque d'insécurité juridique à l'encontre des fonctions telles que consacrées par la CJUE.[184] Ainsi, il semble que cette refonte du système vienne recadrer les fonctions de la marque et mettant à mal la fonction de qualité prétendument allouée à la marque.

Ainsi, nous venons démontrer l'absence de caractère consumériste inhérent au système du droit des marques et avons montré que cette tendance est en passe d'être confirmée à l'avenir.

B. La lutte contre la tromperie en droit des marques : un prétexte pour réaliser d'autres objectifs que ceux de protéger le consommateur

Puisque nous avons pu présenter dans nos développements précédents que le droit des marques détenait cependant des effets protecteurs indirects pour le consommateur, il nous semble important de rappeler que le droit des marques en luttant contre la tromperie du consommateur poursuit d'autres objectifs que ceux de la protection de ce dernier. Cet argument parachève notre démonstration d'absence de caractère consumériste détenu par le droit des marques.

[181] *Basire, Y.*, Quel futur pour le régime des marques nationales ?, Propriété industrielle, p.1.
[182] *Basire, Y.*, Quel futur pour le régime des marques nationales ?, Propriété industrielle, p.2.
[183] Article 10 § 2 a) et b) de la proposition de directive et article 9 de la proposition de règlement du paquet marque 2013.
[184] Exposé des motifs, art.5.1, cité par *Basire, Y.*, Quel futur pour le régime des marques nationales ?, Propriété industrielle, p.2.

1. Une lutte contre la tromperie par la marque induite par des intérêts commerciaux stratégiques

Quand le droit des marques cherche à éviter que la tromperie survienne et la condamne lorsqu'elle apparait, ce n'est pas par souci de protection du consommateur qui risquerait alors de se voir confronter à une marque trompeuse, mais en raison des intérêts afférents aux objectifs commerciaux stratégiques élaborés par une entreprise. Dans la lutte contre la tromperie appliquée à la marque, ce n'est pas la protection du consommateur qui est alors recherchée, mais plutôt le souci pour l'entreprise de ne pas perdre sa confiance au risque de perdre sa clientèle et ainsi subir une perte économique se ressentant par une diminution du chiffre d'affaire. Ainsi, il apparait que si une entreprise cherche autant à éviter les signes trompeurs c'est surtout dans un souci stratégique économique. Il serait en effet totalement inefficient pour une entreprise de se voir doter d'un signe trompeur, puisque le consommateur ne serait même pas à même de pouvoir identifier l'entreprise à laquelle la marque correspond et ainsi renouveler son choix économique. Dans ce cas, ce ne serait pas la perte de confiance en une marque qui serait provoquée chez le consommateur, mais plutôt son indifférence quant à la marque et il ne ressentirait donc pas le besoin de consommer de nouveaux les produits ou services de l'entreprise titulaire de la marque. Le résultat sera en tout cas le même pour l'entreprise, qui subira une perte économique financière. Par ailleurs, on ne voit guère l'intérêt pour le titulaire de laisser sa marque dégénérer et devenir déceptive. Nous l'avions déjà mentionné au préalable, mais ce genre de stratégie apparait totalement contreproductive, faisant perdre le bénéfice des investissements passés et ceux à venir, car le consommateur se sera désolidarisé de ce type de marque devenue trompeuse. Ainsi, le souci d'éviter la tromperie bénéficie indirectement au consommateur. Cependant, les véritabels intérêts poursuivis dans ce cas par l'entreprise sont fortement guidés par le souci des bénéfices et des retours sur investissement.

2. Une lutte contre la tromperie par la marque imposée par des impératifs d'intérêts supérieurs

Dans cette perspective, nous nous intéresserons aux intérêts détenus par les administrations de propriété intellectuelle qui cherchent à éliminer la tromperie *a priori* et *a posteriori*. Si la contrefaçon est combattue si durement et si l'on cherche à sanctionner le titulaire qui aurait laissé sa marque devenir déceptive, ce n'est pas non plus par dévotion purement consumériste. Il s'agit là encore d'un souci extérieur au bien-être économique du consommateur. Les offices de propriété intellectuelle nationaux et européen cherchent dans ce cas à éliminer tout risque de survenance de tromperie, afin de préserver l'intégrité du système du droit des marques et ceci, dans le but de remplir des objectifs liés à la liberté du commerce de l'industrie mais aussi dans le but de maintenir d'une concurrence

pure et parfaite. En effet, les impératifs économiques auxquels est intimement lié le droit des marques en raison du caractère commercial de la marque, apparaissent supérieurs à ceux des intérêts privés du consommateur. En effet, le fait de préserver le marché économique de toute marque déceptive permet de maintenir une concurrence non viciée, dans la mesure où chaque entreprise est en mesure d'identifier son concurrent, rendant la concurrence pure et parfaite et permettant ainsi de garantir l'équilibre des marchés économiques. Il s'agit également de préserver la liberté de circulation des biens et services qui est une clé de voûte du marché intérieur de l'Union Européenne.
Ainsi, le fait de chercher à combattre la tromperie dépasse largement le souci de protection du consommateur, pour réaliser des objectifs économiques majeurs bénéficiant à l'intérêt général.
Ainsi, on se rend compte que la lutte contre la tromperie fait l'unanimité, puisque le fait de chercher à éviter que celle-ci ne survienne et à l'éliminer lorsqu'elle est survenue bénéficie à tous : au consommateur, aux concurrents, à la concurrence ainsi qu'aux marchés économiques nationaux mais aussi au marché intérieur de l'Union Européenne. La tromperie apparait donc phénomène comme un phénomène condamné par la théorie et que la pratique combat encore plus fermement.

Conclusion du Chapitre 1er :

Comme il est a été démontré au préalable que la tromperie du consommateur provenait de la marque, il était important de vérifier que le droit des marques disposait de moyens efficients pour protéger le consommateur en évitant la tromperie, dans le cadre d'une prévention *a priori* et en la sanctionnant *a posteriori*.

Il s'est alors avéré que le droit des marques possédait des moyens d'éviter qu'une marque trompeuse ne puisse déployer ses effets déceptifs sur le consommateur et protégeait donc le consommateur de façon indirecte en complément d'autres dispositifs légaux de lutte contre la tromperie du consommateur. En plus de cela, une tentative de faire de la marque un outil de qualité destiné à rassurer le consommateur et le protéger en l'informant a été encouragée et s'est matérialisée notamment par les certifications ou les labels.

Cependant le droit des marques n'est pas un moyen destiné *ab initio* à protéger le consommateur, le consommateur n'étant pas envisagé par le droit des marques et les autres droits de propriété intellectuelle.

Par ailleurs, le droit des marques ne détient pas les moyens adaptés pour le protéger efficacement de la tromperie par la marque, ces moyens étaient soit insuffisants, soit inadaptés. Le droit des marques est donc inapte à protéger le consommateur face à la tromperie par la marque.

Il nous faut alors envisager d'autres moyens que nous avons suggéré précédemment qui permettraient de protéger le consommateur efficacement de cette tromperie.

CHAPITRE 2 : La prépondérance du droit de la consommation et de la concurrence déloyale

Il nous faut étudier si la solution se tient du côté du dispositif légal qui consacre une protection du consommateur ou si elle réside dans celui qui instaure une réelle lutte contre la tromperie permettant de l'éradiquer. Dans ce cas, nous comparerons ces dispositifs et déterminerons le plus adapté qui ferait bénéficier le consommateur de la protection la plus efficace face à la tromperie en matière de marque (**Section 1**).

Il conviendra aussi de se demander si les effets de la tromperie sur le consommateur rendent nécessaires un arsenal de protection si invasif. Le consommateur n'est-il pas à même de se protéger lui même de cette tromperie ? En allant plus loin, on se demandera même si le consommateur n'est pas apte lui-même à se protéger seul de cette tromperie par la marque (**Section 2**).

Section 1. Le consommateur bénéficiaire de protection

Le consommateur et l'intérêt de sa protection occupent une place différente lorsque l'on parle de tromperie en matière de marque. La protection du consommateur peut ainsi être octroyée de façon directe ou indirecte. La conception directe placera alorors le consommateur au premier plan et s'intéressera davantage aux conséquences d'une tromperie sur son comportement effectif, tandis que la conception indirecte ne placera l'effet protectif du consommateur qu'au second plan, l'intégrant dans une stratégie de lutte contre le phénomène de la tromperie en lui-même.

Ceci correspond à la mise en avant de deux visions juridiques issues de deux droits nationaux différents : le droit français de la consommation se consacrant au consommateur prioritairement, le droit allemand de la concurrence déloyale s'intéressant principalement à la tromperie elle-même. Après avoir mis en évidence les aspirations inhérentes à chacune de ces conceptions directe et indirecte, nous comparerons les mesures effectives de protection de chacune (**I**) afin d'évaluer la pertinence et l'efficience de ces deux conceptions dans la poursuite de leurs différents objectifs convergeant cependant vers le même résultat : la protection du consommateur (**II**).

I. Les mesures effectives de protection du consommateur face à la tromperie par la marque

La conception directe focalise son attention sur le consommateur et sa protection en choisissant de lui accorder des moyens d'actions et différentes voies de recours, lui laissant ainsi la possibilité d'agir par lui-même ou d'être défendu par des organismes chargés de sa défense et de sa représentation. (**A**).

La conception indirecte se concentre sur la tromperie et sa lutte par le biais du droit de la concurrence déloyale qui, bien que reconnaissant théoriquement l'acte de déloyauté à travers les effets néfastes sur le consommateur, ne lui réserve pourtant pas d'actions spécifiques et se borne à permettre une action en concurrence déloyale aux concurrents. Il conviendra cependant de se demander s'il ne sera pas possible d'y voir une protection indirecte octroyée au consommateur. (**B**).

A. La protection directe du consommateur par le droit de la consommation

La conception « directe » implique de focaliser son attention sur le consommateur lui-même, de le placer au centre de tout le dispositif de protection, en essayant de trouver des mesures pour le protéger d'une tromperie éventuelle. Le dispositif est alors axé sur la conséquence de la tromperie, qui est l'atteinte du consommateur. C'est la vision de la tromperie perçue comme une atteinte aux intérêts du consommateur, adoptée par le droit de la consommation français.

1. La proclamation de la protection du consommateur par le droit de la consommation

Lorsque le consommateur est trompé, il y a alors atteinte à ses intérêts. Comme nous l'avions vu précédemment, la conception consumériste à la française fait de la tromperie un délit, traité en droit de la consommation, en raison de l'effet qu'elle produit sur le consommateur. Dès lors que le consommateur et sa protection sont en cause, le droit français fait prévaloir les dispositions du droit de la consommation qui ont vocation à s'appliquer pleinement, puisqu'elles sont les seules à concevoir la tromperie de façon explicite. Ainsi, le consommateur, figure emblématique du droit de la consommation, peut être théoriquement protégé de façon adéquate par les normes qui lui spécifiquement consacrées. Nous pouvons mentionner que le droit allemand est plus restrictif quant à la vision de la protection du consommateur qu'il n'envisage qu'en matière contractuelle. Le

consommateur fait cependant l'objet d'une protection indirecte dans d'autres dispositions légales allemandes, notamment en concurrence déloyale, que nous envisagerons prochainement.

- La sanction du délit de tromperie ou de publicité fausse ou de nature à induire en erreur le consommateur

Le délit de tromperie, que nous avions mentionné au début de nos développements, nous avait permis d'évoquer la façon dont était conçue la tromperie juridiquement, mais nous l'évoquerons ici de façon plus exhaustive au regard de ses éléments constitutifs.

Ce délit de tromperie n'est constitué qu'en présence d'un contrat à titre onéreux pouvant porter sur des biens comme des services et nécessite la preuve d'un élément intentionnel de fraude de l'auteur de la tromperie. Ainsi, on constate le caractère contractuel conféré au délit de tromperie permet d'exclure en toute logique la tromperie par la marque en elle-même puisque celle-ci ne peut être partie du délit de tromperie que lorsqu'elle est enregistrée et apposée sur des produits et services qui feront l'objet d'une commercialisation. La tromperie par la marque est sanctionnée par le droit de la consommation uniquement quand la marque fait l'objet de pratiques commerciales, l'application de ces dispositifs nécessitant un contrat conclu entre le consommateur et un professionnel.

Dans le cas de tromperie utilisée dans le cadre de pratiques commerciales, le droit de la consommation retient en effet la qualification juridique de délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur. Cette importance du contrat est cependant à relativiser dans la mesure où l'auteur de la tromperie peut être sanctionné sans être partie au contrat et dans la mesure où la conclusion du contrat n'est pas nécessaire, il suffit en effet d'une offre.[185] D'autre part, il est à noter que la Loi Hamon du 17 mars 2014 a permis de sanctionner les pratiques trompeuses, de manière autonome sans faire référence au délit de tromperie.[186] Par cette loi, selon le nouvel article L.121-6 du Code de la consommation, ces pratiques sont alors sanctionnées plus lourdement, puisqu'elles sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000€ qui « *peut être portée de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits* ».

Le droit de la consommation français apprécie le caractère trompeur de façon similaire au droit des marques dans le cadre de la déceptivité mais de façon plus exhaustive. Le droit de la consommation permet d'assurer l'absence de tromperie des produits ou services mis en circulation sur le marché avec la marque apposée, en contrôlant les appellations, les références aux normes nationales et

[185] Crim, 3 mai 1974, Bull. n°157, Crim, 8 mars 1990, Bull. n°111, citées par *Raymond, G.,* Droit de la consommation, p.87, para.154.

[186] *Aubert de Vincelles, C., Sauphanor-Brouillaud, N.,* Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, D. 2014 p.891.

européennes, l'étiquetage conforme, la conformité de la provenance ou du lieu d'origine, la conformité à la réglementation, la conformité de l'obligation de renseignement des modes d'utilisation et des risques.[187]

Ainsi, le droit de la consommation constitue le dispositif légal permettant de protéger le consommateur en sanctionnant la tromperie sur des produits ou services mis à la disposition du consommateur par le biais de la mise en évidence d'une infraction de tromperie. Le droit de la consommation permet d'ailleurs de filtrer les marques qui auraient pu passer à travers les systèmes de protection déployés par les offices de propriété intellectuelle ou qui révèleraient le caractère trompeur au contact des produits et services faisant l'objet d'une commercialisation.

Pour mener à bien cette sanction de la tromperie, le droit de la consommation s'est alors doté d'instruments permettant la protection du consommateur.

2. Les voies de recours offertes au consommateur par le droit de la consommation

L'argument considérable faisant pencher la balance en faveur du droit de la consommation pour protéger le consommateur de prime abord, est évidemment les recours mis à la disposition de ce dernier afin de faire valoir ses droits et de voir ses préjudices réparés.

Nous verrons alors les moyens de défense dont bénéficie le consommateur, ainsi que les actions qu'il peut intenter.

- La mobilisation de la défense du consommateur

En tant que personne vulnérable, le droit de la consommation prévoit un arsenal d'instruments aussi bien au niveau national qu'européen, permettant de rendre effective la protection de ce dernier, telle que consacrée par l'ensemble des dispositions légales.

Le droit de la consommation prévoit en effet des institutions et organismes se mobilisant pour la protection du consommateur. Les organismes institutionnels sont chargés de permettre une représentation de l'intérêt collectif des consommateurs en assurant la représentation des organismes privés des Etats membres de l'Union Européenne. Au niveau européen, il existe le BEUC, Bureau européen des unions de consommateurs, ayant pour mission de faire respecter le droit des consommateurs à se faire entendre par les institutions de l'UE, qui sont les premières à contribuer à la politique de la consommation au sein de l'UE. Au niveau national, les organismes de droit de la consommation sont nombreux, il en existe de nature publique et privée. L'organisme de droit public

[187] *Raymond, G.,* Droit de la consommation p.90-91, para.159 à 164.

essentiel est la DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes), qui constitue l'interlocuteur essentiel du consommateur et qui intervient notamment pour représenter l'intérêt du consommateur victime d'une tromperie. Les autres organismes publics remplissent des missions similaires à la DGCCRF, notamment l'information des consommateurs par le biais de campagnes de communication. Des organismes de droit privé existent aussi et agissent également dans le but de protéger le consommateur en l'informant. Toutefois ces organismes ont la vocation de créer un « pouvoir consommateur »[188], par le biais de mouvements coopératifs ou associatifs. Le mouvement des associations de consommateurs est divers et souhaite représenter le plus vaste panel de catégories de consommateurs possibles. Ces associations ont alors pour but non seulement l'information, mais aussi la concertation visant l'amélioration de la situation économique du consommateur, et surtout, sa défense effective en justice. Les associations de consommateurs interviennent alors par actions ou interventions devant les juridictions directement ou en leur nom pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs. Dans le cadre de procédures engagées pour infractions en matière de consommation, la DGCCRF tient le rôle de Ministère Public. La tromperie affectant le consommateur, est une infraction sanctionnable sur le terrain du droit pénal, la procédure pénale de sanction figurant aux articles L.215-1 à L.218-5 du Code de la Consommation. La poursuite des infractions est exercée par la DGCCRF, comme le ferait le Parquet en matière pénale. L'article L121-2 du Code de la consommation énumère les catégories d'agents et d'inspecteurs spécifiquement habilités à la constatation des infractions de tromperie. Cet article leur octroie pour ce faire des pouvoirs d'investigations étendus, afin de rassembler un maximum d'éléments de preuves nécessaires à la constatation et à la répression des infractions de tromperie. L'action publique en elle-même pour tromperie du consommateur pourra être engagée par le Ministère Public, par les consommateurs qui pourront se constituer parties civiles en tant que victimes ou encore par les associations de consommateurs.

- L'activisme du consommateur dans sa défense

Le consommateur peut très bien aussi être une partie active et être demandeur à des actions variées, sans nécessairement solliciter l'intervention d'associations de consommateurs. Différents types d'actions seront offerts au consommateur qui pourra agir par voie judiciaire ou par voie extrajudiciaire dans le cas de règlement du litige à l'amiable. Dans le cas de tromperie, le consommateur va pouvoir intenter une action au pénal, tout en disposant de façon générale, de la possibilité de fonder son action sur le terrain du droit civil.

[188] *Raymond, G.,* Droit de la consommation, p.441, para.877.

Le législateur a saisi l'occasion de la transposition de la directive de 2011 afin d'introduire l'action de groupe en droit français par le biais de la Loi du 17 mars 2014. L'objectif de cette action est double : permettre aux consommateurs d'obtenir la réparation de préjudices de masse tout en évitant les écueils de la « class action » américaine. Les consommateurs n'avaient aucune procédure à leur disposition pour permettre l'indemnisation en un seul procès de l'ensemble des victimes d'un litige de masse en matière de consommation. Jusqu'ici, un consommateur, victime d'une infraction, pouvait toujours obtenir réparation du préjudice subi par le biais des différentes actions mentionnées précédemment. Cependant lorsque plusieurs consommateurs étaient touchés par le même dommage chacun devait exercer une action individuellement. Ces actions se révèlaient souvent coûteuses et donc peu rentables. Afin de pallier à cette difficulté, la loi Hamon permet au consommateur de saisir quinze associations agrées qui joueront le rôle de filtre en examinant la réclamation ou en déniant l'existence effective d'un préjudice commun dont serait victime un groupe de consommateurs. Ces associations déposeront alors une plainte et c'est le juge qui instuira aux fins d'établir la matérialité de l'infraction alléguée, avant de délimiter le groupe de consommateurs à indemniser et de fixer le montant de cette réparation.

Ainsi, le droit de la consommation offre un nombre important d'actions au consommateur afin que ce dernier puisse agir et voir ses chances de faire valoir ses droits augmentées par la possibilité de recours à des organismes dédiés à sa protection.

Dès lors, il nous reste à déterminer si le droit de la concurrence réserve les mêmes moyens d'actions au consommateur, avant, d'entrevoir le cas échéant les dispositifs prévus par cette branche du droit en ce domaine.

B. La protection indirecte du consommateur par le droit de la concurrence déloyale en cas de tromperie par la marque

Alors que le droit de la consommation n'envisage la tromperie par la marque qu'au regard de l'atteinte portée au consommateur, il est possible d'envisager la tromperie par la marque également à travers ses effets néfastes sur la concurrence, et ainsi entrevoir la tromperie comme un phénomène s'inscrivant dans un contexte concurrentiel global.

La conception indirecte focalise donc son attention sur le phénomène de la tromperie par la marque en tant que tel et sur les moyens effectifs de traitement. Ce dispositif s'intéresse à la cause de

l'atteinte portée au consommateur, à savoir la tromperie instrumentée par la marque. Le droit de la concurrence déloyale reconnaissant théoriquement l'acte de déloyauté à travers les effets néfastes sur le consommateur, il ne lui réserve pourtant pas d'actions spécifiques et se borne à permettre une action en concurrence déloyale aux concurrents.

N'est-il pas alors possible d'y déceler une protection indirecte accordée au consommateur ?

1. La priorité de la protection de la concurrence

Le principe de liberté du commerce et de l'industrie a pour corollaire le principe de libre concurrence. On pourrait croire que le droit privatif protégeant les marques entrave de ce fait cette libre concurrence en empêchant un concurrent d'utiliser sa marque. Il apparait cependant évident que la marque permet d'identifier les concurrents et ainsi de contribuer au jeu de la libre concurrence. En vertu de ce principe, tout professionnel peut attirer à lui la clientèle de ses concurrents, sans que ceux-ci ne puissent le lui reprocher.

Cependant, la liberté de la concurrence n'est pas absolue. Il existe des limites à ne pas franchir, comme par exemple lorsqu'une entreprise cherche à attirer la clientèle de son concurrent en agissant de façon déloyale. Lorsque, dans la course à la productivité et à l'attractivité, des abus sont commis par les entreprises, qui usent de procédés contraires aux usages loyaux du commerce pour nuire à un concurrent et d'en détourner sa clientèle, ceux-ci se doivent d'être sanctionnés. Ces procédés abusifs sont communément entendus comme étant des actes de concurrence déloyale et pouvant être condamnés par l'introduction d'une action en concurrence déloyale.

Le droit contre la concurrence déloyale est donc un dispositif permettant de réguler la concurrence en encourageant une concurrence saine et en sanctionnant les comportements qui y contreviendraient. Le droit français perçoit l'acte de concurrence déloyal comme étant une faute de la part d'un concurrent causant un préjudice à un autre concurrent. Ceci explique que la concurrence déloyale soit régie par les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil relatives à la responsabilité délictuelle. Dès lors, on comprend que la tromperie en matière de marque puisse être une constitutive d'une faute, car elle implique qu'un concurrent se situe dans le sillage du titulaire de la marque en essayant de profiter de la renommée de sa marque. Le droit allemand a une autre conception des actes de concurrence déloyale qu'il envisage spécifiquement par les dispositions de la loi contre la concurrence déloyale (UWG), résultat de la transposition de la directive européenne 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales. Cette directive a été transposée par la loi du 3 janvier

2008 dite « Loi Châtel » en France, qui a modifié les dispositions du Code de la consommation pour l'essentiel ; cette loi ayant été perçue comme tendant à renforcer la confiance et la protection du consommateur.

Le droit allemand n'envisage donc pas l'acte de concurrence déloyale comme constitutif d'une faute, mais comme une pratique à part entière. Bien que le droit allemand semble spécifiquement se dédier à la protection de la concurrence, il convient d'apporter une clarification. Le droit allemand, conformément à la directive 2005/29/CE, conçoit une pratique déloyale au regard des effets qu'elle engendre. En effet, l'article 1 de la directive définit la pratique déloyale comme étant celle qui altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport au produit qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs. Ainsi, l'acte de concurrence déloyal est constitué par un acte portant atteinte à un concurrent, mais s'apprécie également au regard des effets procurés sur le consommateur. Le droit allemand ne conçoit pas la déloyauté qu'en fonction des effets provoqués sur le consommateur, mais aussi, selon le §3 para.1 UWG, par rapport aux effets qu'elle provoque sur les concurrents et sur les autres acteurs économiques. En effet, le §4 de l'UWG énumère un ensemble d'actes déloyaux, parmi dont ceux ayant des effets sur les consommateurs et ceux impactant les concurrents d'un même secteur. En ce sens, le droit allemand a une vision bien plus large que le droit européen et le droit français, car il intègre la concurrence à l'appréciation de la déloyauté d'une pratique commerciale.

- La tromperie par la marque comme acte par essence déloyal

La conception indirecte du droit allemand aspire à concevoir la tromperie du consommateur engendrée par la marque de façon globale, en y incorporant des faits plus larges que ceux prévus par le droit de la consommation français. En concevant la tromperie par la marque à travers le prisme de la concurrence déloyale, le droit allemand cherche donc à couvrir tous les aspects de la tromperie. Il a retenu cette conception de la tromperie à travers la déloyauté et les effets qu'elle déploie sur l'ensemble des acteurs de la vie économique. Ces derniers rassemblent ainsi non seulement le consommateur, mais aussi les concurrents et les autres opérateurs de l'activité économique. La concurrence déloyale allemande balaie ainsi les actes de concurrence déloyale tels que conçus par le droit français au sens strict que sont, le dénigrement, la désorganisation, le parasitisme, l'imitation, mais rassemble aussi toutes les pratiques commerciales déloyales. Les pratiques commerciales trompeuses instrumentalisant une marque sont considérées comme des procédés déloyaux dans la mesure où la marque, en tant qu'outil de ralliement de la clientèle, est utilisée par un concurrent en vue de récupérer cette clientèle en engendrant une confusion générale. La tromperie apparait donc

comme un phénomène plus vaste pouvant dépasser le strict cadre du droit de la consommation. Le droit de la concurrence allemand, dans le §4 de sa loi spécifiquement dédiée à la concurrence déloyale, prévoit en effet onze actes de concurrence déloyale spécifiques, parmis lesquels certains ont vocation à s'appliquer aux cas de tromperie en matière de marque. A ce titre, sont notamment considérées comme des actes de concurrence déloyale, la tromperie sur l'origine (« Herkunftstäuschung »), l'utilisation de la réputation du concurrent (« Rufausbeutung ») ou encore la contrefaçon (« Nachahmung »). La « Herkunftstäuschung », se traduisant par confusion ou tromperie sur l'origine d'un produit, vise des cas dans lesquels un concurrent imite un produit ayant beaucoup de succès sur le marché. Cette imitation est faite dans le but d'induire le public en erreur sur le produit original. L'imitateur vise à faire croire au public que son produit est fabriqué par son concurrent. La « Rufausbeutung » est le cas où le concurrent va imiter le produit et essayer de profiter de sa réputation en se situant dans son sillage.

La tromperie, à travers la qualification d'acte de concurrence déloyale qui lui est reconnue, est alors perçue comme un trouble à l'ordre économique, qu'il s'agira de combattre en appliquant les dispositions du droit de la concurrence. En effet, la tromperie par la marque n'est pas tant utilisée dans le but même de tromper le consommateur, mais bien dans le but réel de nuire à un concurrent.

Dès lors, il nous apparait logique et rationnel de concevoir la tromperie par la marque à travers les desseins qu'elle sert plutôt que par les effets qu'elle produit sur le consommateur.

2. Des voies de recours indirects spécifiques pour le consommateur

Du fait que la tromperie par la marque puisse être considérée comme un acte de concurrence nuisant à la loyauté des rapports commerciaux entre concurrents, le consommateur n'a donc vocation à faire reconnaitre sa tromperie que de façon subsidiaire. Contrairement au droit de la consommation français qui laisse au consommateur des moyens d'actions variés, le droit de la concurrence allemand ne donne pas de prétention juridique (« Anspruch »), au consommateur.

En effet, le consommateur ne dispose d'aucune action qu'il pourrait exercer ; la tromperie n'étant pas perçue comme un délit mais comme une pratique commerciale déloyale. Ainsi, seuls les concurrents ayant un véritable intérêt à agir peuvent exercer une action pour faire sanctionner un acte déloyal de tromperie. C'est pour cette raison que le droit allemand prévoit pour les concurrents une action directe. Toutefois, le droit allemand prévoit, comme le droit français de la consommation, la possibilité pour le consommateur de se faire représenter par des organismes représentant ses intérêts, qui peuvent donc faire les recours nécessaires par voie d'avertissement ou d'action judiciaire. Ainsi, le droit allemand donne la possibilité à des tiers de faire valoir les intérêts des consommateurs et

d'introduire une procédure de recours : c'est ce que le droit allemand nomme la « *Aktivlegitimation* ». Les recours peuvent être introduits pour des motifs variés : il peut s'agir d'éradiquer le comportement déloyal, de faire constater la situation de concurrence déloyale, d'obtenir la compensation de la perte de gains et de chance occasionnés, de se voir allouer des dommages et intérêts…etc. Ainsi, bien qu'aucune action ne soit expressément prévue pour le consommateur, il n'en reste pas moins que celui-ci dispose des moyens pour faire valoir ses intérêts en tant qu'acteur de la vie économique prenant part au jeu de la concurrence.

Bien qu'officiellement indifférent dans ses dispositions textuelles, le droit de la concurrence allemand réserve tout de même au consommateur un traitement lui permettant de faire valoir ses droits.

Nous avons pu nous rendre compte que les deux dispositifs légaux sont tous deux désireux de protéger le consommateur en utilisant des moyens différents : l'un consacrant un droit spécifique, l'autre l'incluant dans une stratégie plus globale dans le cadre du droit de la concurrence. Les deux dispositifs envisagent la tromperie sous l'angle des pratiques commerciales déloyales, il reste maintenant à déterminer le dispositif qui permettrait la plus grande effectivité dans la protection du consommateur face à la tromperie en matière de marque.

II. L'efficacité des mesures de protection du consommateur face à la tromperie

Reprenant la dichotomie que nous avions effectuée précédemment distinguant conception directe et indirecte du consommateur en fonction de la place occupée par celui-ci dans les différents dispositifs légaux, nous nous consacrerons désormais à une évaluation tenant à l'efficience de ces deux corpus juridiques à la fois dans la protection du consommateur mais aussi dans la lutte contre la tromperie.

Notre évaluation portera alors sur deux critères: tout d'abord celui de l'efficacité dans le traitement de la tromperie en elle-même (**A**), puis celui de l'efficience dans la protection du consommateur (**B**).

A. L'évaluation de l'efficacité dans le traitement de la tromperie

L'appréciation de l'effectivité du droit de la consommation et de la concurrence déloyale dans le traitement de la tromperie, se fera au regard des moyens mis en œuvre pour mettre en évidence la tromperie et la caractériser, mais aussi des sanctions prévues. Cette évaluation nous permettra alors de nous rendre compte que le droit de la consommation est un dispositif préventif de tromperie.

1. Le droit de la consommation, dispositif préventif

Le droit de la consommation français ne considère la tromperie comme avérée que lorsqu'il existe un risque de fausse interprétation de la part de la personne qui reçoit le message commercial, ce qui relève d'une certaine subjectivité. Pour faire constater la tromperie, il faut qu'elle soit de nature à tromper et non pas qu'elle ait effectivement trompé et déployé ses effets trompeurs sur le consommateur.

La mise en évidence de la tromperie résulte donc d'une appréciation subjective à l'égard du consommateur. L'appréciation de la tromperie se fait dans une approche *in abstracto* selon la catégorie de public visé, mais aussi *in concreto* si on tient compte de la perception de la plus large partie du public. Toutefois, cette subjectivité dans la mise en évidence de la tromperie laisse la liberté au juge de l'apprécier souverainement. Cette appréciation est soumise à un standard évolutif et pas forcément probant, ce qui peut rendre difficile sa constatation et sa caractérisation en tant qu'infraction. Ceci peut engendrer une certaine inconstance et instabilité juridique dans la protection du consommateur.

Concernant le traitement de la tromperie par la marque, comme nous l'avons vu précédemment, le droit de la consommation prévoit un certain nombre d'instruments à visée informative destinés à éviter que le consommateur ne soit trompé. Ces dispositions constituent des obligations contraignantes à l'égard de leurs destinataires. Ce pouvoir de contrainte se justifie par la volonté d'éviter la survenance d'une quelconque tromperie. Le droit de la consommation apparait alors essentiellement préventif de la tromperie.

Ce caractère préventif du droit de la consommation est corroboré par les modes de sanction de cette tromperie. En effet, le droit de la consommation apparait comme un droit passif ne sanctionnant la tromperie que si elle apparait dans un contentieux faisant l'objet d'une action judiciaire. Elle prévient la tromperie mais ne cherche pas à la sanctionner activement. Il faut en effet qu'une atteinte du consommateur ait été révélée par les différents organismes de protection du consommateur ou par le consommateur lui-même. Le corollaire positif à ce mécanisme réside dans le fait que le droit de la consommation donne les moyens nécessaires au consommateur pour se défendre en cas de survenance de la tromperie par le biais de diverses voies de recours que nous avions précédemment étudiées.

2. Le droit de la concurrence déloyale, dispositif répressif

Comme nous avons pu le constater dans nos précédents développements, le droit allemand de la concurrence déloyale permet de détecter la tromperie intervenant dans les rapports commerciaux entre concurrents de façon méthodique, en examinant de façon approfondie le caractère trompeur inhérent à une pratique commerciale.

L'appréciation de la tromperie se fait alors de façon objective, en considération de ses effets sur les rapports de concurrence et donc de son impact sur l'activité économique dans une branche commerciale donnée. Afin de mettre en évidence la tromperie, le droit allemand s'écarte de l'appréciation pour se tourner vers une véritable caractérisation méthodique. En effet, la loi allemande contre la concurrence déloyale (UWG) prévoit que pour constater la tromperie relevant d'un acte de concurrence déloyale, il faut tout d'abord vérifier tout d'abord la présence d'un acte de commerce, puis examiner que l'acte en question figure dans la *« liste noire »*, prévue par le §3 paragraphe 3 de l'UWG. Cet article rassemble l'ensemble des actes qui sont d'office déloyaux sans qu'un examen complémentaire ne soit nécessaire. Si l'acte n'est pas dans la liste noire, il faudra vérifier que l'acte n'est pas déloyal au sens du §4 de l'UWG. Cet article établit une liste non exhaustive de comportements déloyaux, dans laquelle la tromperie apparait plus ou moins directement. Comme facteur aggravant, le droit allemand prend en compte l'attention et les desseins poursuivis par le concurrent qui commet l'acte de déloyauté commerciale. Ainsi, l'appréciation se fait au regard de critères concrets ; la liberté d'appréciation du juge est donc plus restreinte, en raison de la prévalence de l'objectivisme.

Nous pourrons ainsi en déduire que le droit de la concurrence est un dispositif répressif dans la mesure où il s'attaque directement à la tromperie comme fléau de la concurrence, en la sanctionnant de différentes façons.

En effet, ce droit spécifique prévoit un panel de sanctions plus élaborées que le droit de la consommation. Cela tient certainement au fait que le droit de la concurrence déloyale envisage la tromperie de façon plus large et globale que le dispositif consumériste. Dès lors, il sera possible d'allouer des dommages et intérêts au concurrent ayant été victime des effets déloyaux affectant son activité économique (§9 UWG). Par ailleurs, le droit allemand prévoit une sanction spéciale pour la perte de chance occasionnée par la déloyauté d'un concurrent et va considérer qu'il sera possible en plus, d'allouer une compensation pour le chiffre d'affaire n'ayant pu être réalisé (§10 UWG). A cela s'ajoutent les sanctions pénales (§16 UWG) et les amendes pécuniaires (§20 UWG), que le droit

français prévoit comme seules sanctions de la tromperie. Ainsi, la palette de sanctions prévues par le droit allemand de la concurrence nous pousse à croire que la tromperie pourra être combattue plus efficacement dans un cadre répressif, puisque ces sanctions ont un effet dissuasif. La dissuasion peut donc être considérée comme plus efficace que la prévention.

Ainsi, il apparait que le droit de la consommation s'avère plus efficace dans la prévention de la tromperie par ses mesures d'obligations d'information préalable mais que le droit de la concurrence déloyale est plus adapté à traiter la tromperie une fois survenue, en prévoyant un arsenal de sanctions dissuasif.

B. L'évaluation de l'efficience de la protection du consommateur face à cette tromperie par la marque

Ayant évalué les deux dispositifs à l'égard du traitement de la tromperie, il convient de les comparer au regard de leurs effets sur la protection du consommateur.

1. Le relativisme de la portée réelle des actions de protection du consommateur prévues par le droit de la consommation

Bien que consacrant cette protection du consommateur en lui offrant tout un arsenal de dispositifs de protection, on peut se poser la question de la réelle efficacité de ces mesures effectives de protection dans le cadre de pratiques commerciales trompeuses utilisant la marque, et pouvant conduire à la tromperie du consommateur. En effet, la nouvelle action de groupe introduite par la Loi du 17 mars 2014 permet une indemnisation plus facile en regroupant plusieurs préjudices de consommateurs en une seule et même action. Cependant, les revendications des consommateurs ne conduiront à une action en justice en réparation de leur préjudice que si l'association de consommateurs en donne l'accord préalable après avoir examiné la requête des consommateurs. Ainsi, cet intermédiaire, constitué par les associations de consommateurs, peut freiner la potentielle action en justice s'il l'estime insuffisant fondé et n'ayant de ce fait que peu de chances de succès. Par ailleurs, il convient de se demander si l'indemnité perçue par le consommateur dans le cadre d'une action commune à un groupe de consommateurs n'est pas plus importante que celle obtenue dans le cadre d'une action individuelle. Dès lors, bien que le droit de la consommation se consacre exclusivement à la protection du consommateur, il semble que son dispositif puisse potentiellement montrer des faiblesses dans la mise en œuvre effective de cette protection au regard de la façon de réparer le

préjudice subi. Il apparait ainsi que la protection *a posteriori* du consommateur une fois la tromperie survenue peine à être effective.

De plus, la protection *a priori* ne permet pas forcément non plus d'empêcher la tromperie du consommateur, puisqu'elle ne parvient pas à prévenir de toutes les formes de pratiques commerciales trompeuses qui tendent à mettre en avant de plus en plus de marques. Ainsi, le droit de la consommation semble toujours avoir un temps de retard sur le développement de ces pratiques. On peut en effet avoir le sentiment qu'il n'est pas possible, car peu recommandé, de fixer un carcan exhaustif de toutes les pratiques commerciales trompeuses. En contrepartie, le droit de la consommation ne peut anticiper sur la tromperie que par le biais de l'information et de la prévention et non pas en évitant la survenance de la tromperie. Le fait est que de plus en plus de nouvelles formes et de nouvelles catégories sont découvertes, que le droit de la consommation ne parvient cependant pas à anticiper. Le mérite que l'on peut toutefois reconnaitre au droit de la consommation est tout simplement son existence même, car son dispositif permet de fixer un cadre aux pratiques commerciales et de diriger tout son dispositif vers la protection du consommateur.

2. Une effectivité indirecte mais significative par le droit de la concurrence sur la protection du consommateur

Comme nous l'avons vu précédemment, la tromperie en matière de marque est un phénomène qui n'affecte pas seulement le comportement économique du consommateur. La tromperie n'est pas dirigée vers le consommateur à la base, même s'il n'empêche que celui-en fait les frais. Tromper le consommateur ne serait qu'un choix contreproductif pour l'entreprise. Dès lors, on comprend bien que la tromperie utilisant la marque est une manœuvre de concurrents. Il est en effet apparu que la tromperie appliquée à une marque au sens strict comme au sens large est un phénomène vaste.

En raison du caractère intrinsèquement économique conféré à la marque, la tromperie qui lui est appliquée touche l'ensemble de l'activité économique. Dès lors, la tromperie en matière de marque est un phénomène impactant la concurrence. La tromperie est un trouble de la concurrence qui va pouvoir être régulé par les lois de la concurrence. Le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer car, comme nous l'avons vu, il permet de sanctionner le comportement déloyal qui a engendré, certes, un effet déceptif et de déception sur le consommateur, mais surtout un effet anticoncurrentiel pour le concurrent.

Le droit de la concurrence permet ainsi de réguler la concurrence en vertu de la liberté du commerce et de l'industrie. Dès lors, le fait de traiter cet effet déloyal viciant la concurrence engendre nécessairement des effets positifs sur le consommateur. En effet, la régulation de la concurrence par les droits pertinents permet l'instauration d'un cercle vertueux aux effets bénéfiques sur le

consommateur. A l'origine, la libre concurrence est un objectif économique défendu par les théories néoclassiques, qui recherchent l'instauration d'une concurrence pure et parfaite. Cette concurrence n'est possible qu'à la condition de produire des garanties de transparence sur le marché. C'est donc dans la lutte contre les asymétries d'informations sur le marché économique que la tromperie, biaisant la réalité et entravant cette transparence, est combattue. Dès lors, dans le prolongement de notre raisonnement tendant à faire du droit de la concurrence déloyale un dispositif efficace dans la répression de la tromperie en matière de marque, nous pouvons déduire que ce dispositif dispose d'effets indirects de protection du consommateur en cherchant à garantir une concurrence dénuée de vices.

Par ailleurs, à partir du moment où le bon fonctionnement du marché intérieur fait partie des objectifs de l'UE et que la protection du consommateur découle de ces impératifs, il est évident que les dispositifs légaux régulant la concurrence impactent indirectement de façon bénéfique le consommateur. En somme, dès lors que l'intérêt de la concurrence est en jeu, on peut légitimement déduire que celui du consommateur l'est également, et inversement.

Ainsi, il est possible de déduire de la régulation de la concurrence un cercle vertueux entrainant la protection du consommateur. Dès lors que la concurrence, et notamment le droit de la concurrence déloyale, permettent de lutter efficacement contre les formes de tromperie en s'attaquant à l'origine du phénomène par le biais de la sanction des concurrents, il est possible d'affirmer que le consommateur en bénéficiera nécessairement.

Nous pouvons donc conclure qu'imposer un choix entre droit de la consommation et droit de la concurrence déloyale dans un souci de protection du consommateur est à proscrire.

En effet, chacun converge dans la même direction de façon directe ou indirecte vers la protection du consommateur par une lutte contre la tromperie, ou, inversement, par une lutte contre la tromperie engendrant des effets protectifs sur le consommateur.

Chaque système se consacre alors spécifiquement à l'un ou l'autre de ces objectifs. Le droit de la consommation se dédie au consommateur et vise à ce que celui ne soit pas trompé. Le droit de la concurrence cherche à combattre la tromperie pour assainir l'activité économique, ce qui bénéficie nécessairement au consommateur. Les priorités sont différentes mais convergent toutefois vers la satisfaction complémentaire des intérêts de tous. Ainsi, les différents intérêts défendus par les deux dispositifs légaux du droit de la consommation et du droit de la concurrence convergent dans le même but.

Les droits des marques, de la consommation et de la concurrence déloyale, constituent un trinôme sainement complémentaire. Il n'est dès lors pas envisageable de faire un choix, chacun contribuant efficacement à sa façon à l'objectif de protection du consommateur.
Toutefois, ces dispositifs doivent pouvoir se cumuler, afin de lutter le plus efficacement possible contre la tromperie du consommateur par une marque.

Section 2. Le consommateur acteur de sa protection

Il nous apparaît que le consommateur détient également des moyens afin de se protéger lui-même**,** en raison du développement de ses capacités cognitives, celui-ci étant toujours plus attentif à son environnement économique (**I**) ainsi que ses aptitudes défensives dans l'activité économique face à la marque, où il apparait comme un acteur toujours plus en plus actif mais aussi virulent (**II**).

I. L'extension des capacités cognitives du consommateur

« Non, la société de consommation n'est pas morte, elle change de forme.»[189]
Robert Rochefort, directeur du Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC)

La société d'information permet au consommateur d'être un acteur toujours plus actif dans son environnement économique, à tel point qu'il est donc possible de le considérer comme détenteur d'aptitudes d'autoprotection. Cette propension à pouvoir s'autoprotéger découle d'une évolution comportementale du consommateur qui tend à faire de lui un standard plus averti (**A**) mais aussi plus perspicace face aux sollicitations commerciales dont il est la cible (**B**).

A. Un consommateur toujours plus averti

La société a évolué de telle façon qu'elle a permis aux consommateurs d'avoir une réelle prise de conscience de ses modes et choix de consommation.
Face à de nombreux scandales de consommation, auxquels ont du faire face les consommateurs, ceux-ci ont manifesté leur exigence d'être toujours mieux informés et ont progressivement modifié leur comportement économique en devenant toujours plus attentifs aux produits et services qui leur sont proposés. Les scandales qui ont suscité un émoi particulier sont ceux portant sur des fraudes

[189] Le Billon, V., La société de consommateurs, http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/la-societe-des-consommateurs_1431475.html

alimentaires. A ce titre, on pense notamment au scandale « Spanghero » relatif à la fraude dans l'étiquetage de la viande de cheval trouvée dans des lasagnes de bœuf vendues par de nombreuses marques, telles que *« Findus »*, *« William Saurin »* ou encore *« Picard Surgelés »*. L'autre catégorie de scandales auxquels le consommateur est particulièrement sensible est celui des produits relevant du domaine de la santé. On peut penser aux scandales ayant affecté certains médicaments, et notamment à l'affaire du *« Médiator »* qui a suscité une vive inquiétude des consommateurs. L'ensemble de ces scandales a donc éveillé chez le consommateur une conscience et une objectivité croissante. Le besoin s'est alors fait sentir pour le consommateur de s'informer et de prêter attention aux offres de produits et services qui lui sont faites sous couvert de marques. Le législateur a donc réagi à ces fraudes afin de rassurer le consommateur, en procédant à des mesures informatives approfondies dans les secteurs sensibles, tels que ceux de l'alimentation, du pharmaceutique et des cosmétiques. Toutefois, le consommateur a également auto-réagi en développant ses connaissances, en s'intéressant au détail de ces offres et en cherchant à se détacher du carcan fixé par les images de marques des entreprises. Le consommateur devient donc de plus en plus averti et contribue ainsi à sa protection. Par ailleurs, les besoins d'information du consommateur se sont amplifiés au regard de la diversification de l'offre de marques qui lui est faite. Dès lors, le consommateur a ressenti le besoin de développer son attention pour évoluer d'un standard d'attention moyenne à celui de consommateur averti.

B. Un consommateur toujours plus perspicace

Outre le fait que le consommateur soit de plus en plus averti, il apparait être aussi de plus en plus perspicace et donc de moins en moins crédule.

Cette méfiance croissante des consommateurs envers les produits et services et leurs opérations commerciales, a entrainé un désenchantement de la consommation. Dès lors, il apparait que les consommateurs ont progressivement modifié leurs points de repères pour effectuer leurs choix de consommation. Il est apparu que la marque, de par l'essence de sa fonction d'identification et de distinction, permettait au consommateur de s'informer sur l'origine d'une entreprise et lui permettait également de pouvoir aspirer à un certain niveau constant de qualité des produits ou services distribués par l'entreprise titulaire de la marque. Dans le besoin de se rassurer et dans une volonté d'être un auteur actif de sa protection, nous avons pu constater que le consommateur, dans sa quête de qualité, tendait à faire de la marque un outil de qualité, du moins c'est aussi ce que certaines entreprises titulaires veulent bien lui faire croire. Autrefois sensible aux messages délivrés par les marques, le consommateur a opéré une prise de distance et fait désormais la part des choses entre le

message publicitaire qui lui est délivré et la réalité qui lui apparaît. L'annexe n°3 illustre d'ailleurs cette prise de distance à l'égard des outils publicitaires, car il s'avère que les consommateurs ne font « plus vraiment » confiance aux diverses formes de la publicité. Les marques font alors désormais face à des consommateurs de moins en moins crédules ; la tromperie apparait dès lors moins significative. Cette prise de distance des consommateurs face à la société de consommation résulte de l'évolution de leur attitude à l'égard des produits ou services de consommation dont ils sont la cible. En effet, la seule information délivrée par la marque ne leur suffit plus. La marque en tant que signe constitué de différentes composantes, aspire de moins en moins à être perçue par le consommateur comme un repère de fiabilité, même si les entreprises cherchent à en faire un moyen de garantie de qualité. Le consommateur perçoit la marque essentiellement au regard d'un rapport qualité/prix. En effet, le consommateur est prêt à mettre un prix élevé dans l'achat de produits ou d'un service pour des marques jouissant d'une particulière renommée. Il apparait donc que l'attention du consommateur se porte lorsqu'il y a des enjeux financiers dans le patrimoine du consommateur. Là encore sur ce point il est possible de relativiser le phénomène de tromperie du consommateur, en ce qu'elle n'impacte réellement son comportement que proprotionnellement à l'investissement économique réalisé. Il semblerait que le consommateur ait pris conscience des démarches commerciales dont il est la cible et soit donc plus attentif à ses choix de consommation.
Il est possible de considérer le consommateur comme un standard désormais averti et perspicace en ce qu'il a développé depuis quelques années ses capacités cognitives à l'égard des marques mais surtout à l'égard des pratiques commerciales.

II. L'extension des aptitudes défensives du consommateur

Le consommateur est passé par une phase de prise de conscience le poussant à travailler sur sa perception de la réalité économique en améliorant ses capacités cognitives, avant d'entrer aujourd'hui dans une phase d'activisme où il prend les choses en main . En effet, le consommateur est passé à une étape supérieure, il n'est plus seulement conscient de devoir développer ses capacités d'autodéfenses mais cherche désormais à développer des moyens concrets. Il devient alors un acteur actif de sa protection (**A**), qui tend parfois à des comportements activistes (**B**).

A. Un consommateur toujours plus actif

La société de l'information encourage le développement des nouvelles technologies et des moyens de communication. Il apparait que les consommateurs sont hyperconnectés grâce à la démocratisation de ces nouveaux outils, tels que les smartphones ou les réseaux sociaux. Dès lors, la marque entre toujours plus facilement en contact avec ces cibles. Cependant, cette hyperconnectivité peut permettre de renverser la situation et faire des marques les cibles des consommateurs. Le consommateur cherchant à toujours mieux s'informer, a trouvé dans ces nouveaux modes de conmmunication le moyen de se protéger en s'informant et en transmettant des informations relatives aux marques. L'outil essentiel que l'on peut nommer à ce titre est évidemment internet. Grâce à cet outil majeur, le consommateur détient désormais les moyens de mieux s'informer et de contribuer à sa propre protection. Les réseaux sociaux sont un vivier d'informations pour les consommateurs, dans la mesure où les informations émanent des consommateurs même. Dès lors, internet est une source d'objectivité pour le consommateur, car les informations qui y sont divulguées et échangées sont dénuées de tout intérêt commercial. L'objectivité se manifeste en effet par l'absence de caractère intéressé par les consommateurs qui transmettent ces informations. Elles ne répondent qu'à un besoin de faire part de son expérience plus ou moins heureuse avec les produits ou services commercialisés sous une marque. L'annexe n°3 nous révèle d'ailleurs que les consommateurs se fient bien plus aux avis d'autres consommateurs mis en ligne qu'aux messages transmis par la publicité. Ainsi, il apparait que les réseaux sociaux et les différents forums numériques sur lesquels peuvent s'exprimer des consommateurs, permettent au consommateur de rendre effective l'autoprotection. Ceci apparait alors en lien avec le développement des activités des associations de consommateurs à qui il est reconnu de plus grands pouvoirs dans la protection du consommateur et dans la défense de ses intérêts par la loi du 17 mars 2014 évoquée précédemment.

B. Un consommateur toujours plus virulent

En plus de jouer un rôle de plus en plus actif dans sa protection, il est possible de voir évoluer le consommateur en acteur activiste qui cherche à dénoncer de façon virulente les marques qui apparaissent déloyales pour le consommateur. La tromperie appliquée à la marque apparait comme une déloyauté dans la relation marque/consommateur. Ainsi, le consommateur ne souhaite plus rester passif face aux abus des marques et surtout des messages publicitaires accompagnant leur exploitation. Le législateur lui ayant déjà donné les moyens de se battre et de faire valoire ses droits, le consommateur pouvant estimer que le droit ne rend pas toujours la justice, va alors chercher à se

faire justice lui-même et chercher à mener son propre combat contre les tromperies des entreprises exploitant des marques dont il est peut être victime. En effet, on assiste de plus en plus à la virulence des consommateurs qui expriment leur mécontentement à l'encontre des messages de marques d'entreprises par des actions plus ou moins violentes. Ces actions activistes peuvent être un simple commentaire désobligeant à l'égard d'une entreprise sur un réseau social, affectant dans une moindre mesure l'image d'une entreprise en fonction de l'importance donnée à cet avis empreint de subjectivité. Mais ces actions de consommateurs peuvent aussi être plus virulentes, voire même aller jusqu'à la violence dans le but de dénoncer les modes d'exploitation et de distribution de certaines entreprises. Là encore, ce sont des secteurs particulièrement sensibles qui sont touchés, ceux qui tiennent à cœur aux consommateurs en raison des domaines spécifiques d'activités. Sont visés ici les mêmes secteurs que ceux évoqués précédemment, à savoir le secteur pharmaceutique et alimentaire principalement. Cette violence se traduit alors par des dégradations de locaux commerciaux ou par des boycotts organisés.

Par ailleurs, on se rend compte que cet activisme du consommateur se situe dans une perspective plus large que celle de la lutte contre la tromperie par la marque. Il apparait alors que l'action du consommateur peut parfois s'inscrire dans une contestation globale de la société de consommation et des modes de mode de consommation imposés par les marques. Le consommateur se rendant alors compte de la stratégie commerciale dont il fait l'objet peut parfois contester cette instrumentalisation de son comportement. Toutefois, il convient de préciser que ces actions contestataires sont le fruit de mouvements activistes antipublicités, illustrés par l'annexe n°7, et/ou de mouvements altermondialistes. Il convient donc de marginaliser ces pratiques et de réduire l'activisme général du consommateur à la dénonciation de pratiques qu'il estime trompeuses ou déloyales à son encontre par rapport à sa relation avec la marque.

CONCLUSION

- Le consommateur trompé par les marques : le reflet d'une réalité à visages multiples

Nos développements nous ont permis de nous rendre compte que le phénomène de tromperie en matière de marque était le reflet d'une même réalité pouvant se manifester sous de multiples aspects. Tout d'abord ce phénomène est le constat de l'essence même du droit des marques, qui est celle d'identification des entreprises par les signes. Dès lors que la tromperie affecte la marque, celle-ci est nécessairement viciée, engendrant sa nullité et le refus même de son existence en tant que marque. La tromperie est alors un vice mettant à l'épreuve l'effectivité du respect des règles du droit des marques par les offices de propriété intellectuelle au niveau national et européen.

Mais ce phénomène est aussi la réalité économique de la marque, qui est un instrument bénéficiant d'un droit privatif que dans le but de faire l'objet d'une exploitation. Dès lors que la marque s'intègre pleinement dans l'activité économique, elle peut être utilisée par son titulaire ou par des tiers, dans le cadre de pratiques commerciales ou d'autres modes d'exploitation. La tromperie par la marque entache essentiellement l'utilisation qui est fait de cette marque. Le droit privatif protégeant la marque, la tromperie a moins vocation à s'appliquer sur le signe composant la marque. En revanche l'utilisation faite de la marque est source certaine de tromperie, qu'il convient dès lors de réguler par le droit de la consommation et le droit de la concurrence déloyale, les deux dipositifs étant détenteurs de vertues complémentaires.

La tromperie en matière de marque est donc un phénomène combattu par l'action cumulative de trois dipositifs légaux, que sont le droit des marques, le droit de la concurrence déloyale et le droit de la consommation. La synergie de ces trois sources permettra nécessairement de réguler cette tromperie et d'engendrer une protection du consommateur.
Dès lors, il est peu pertinent de rechercher l'efficacité d'un dispositif légal en particulier, à partir du moment où la tromperie en matière de marques a de multiples visages. Chaque dispositif devrait permettre de traiter une facette de cette tromperie. Chaque type de tromperie étant différente, il faudra trouver à chaque fois le remède adapté.

- La relativité de l'importance de tromperie par la marque sur le consommateur

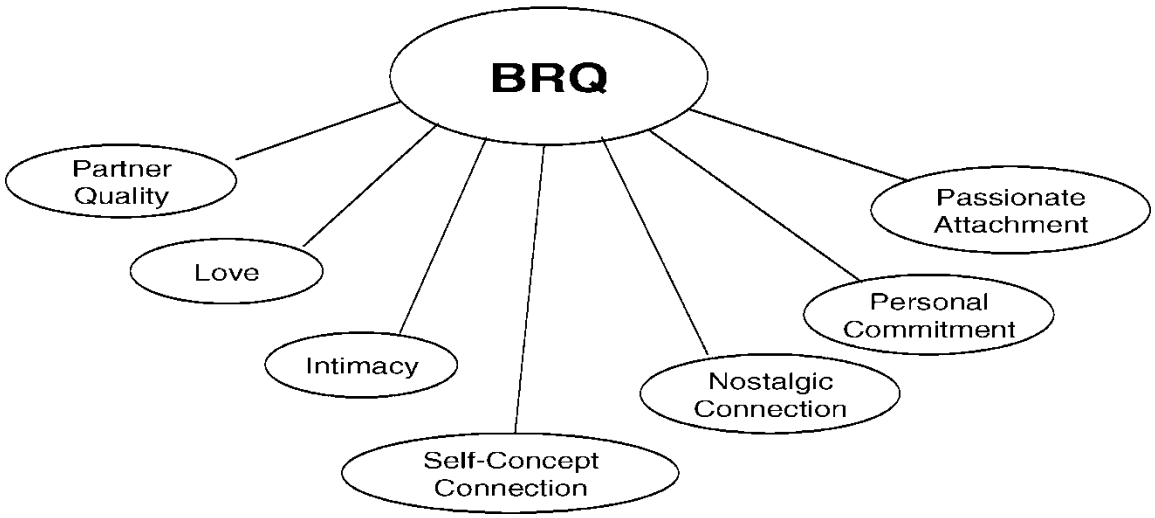
Au regard de toutes ces qualités développées et désormais détenues par le consommateur, il est possible de mettre en exergue une certaine relativité de l'impact de la tromperie sur le consommateur. Cette tromperie affectera plus sensiblement le consommateur lorsqu'elle touchera à des secteurs particuliers et lorsque elle aura des enjeux financiers sont significatifs. Cependant, le consommateur étant plus averti et plus actif dans sa protection peut désormais s'autoprotéger de la tromperie greffée à une marque ;il semblerait que celui-ci ait pris conscience du jeu commercial dans lequel il était la cible et semble décidé à vouloir y prendre part en prenant le parti de désormais guider la ligne directrice des marques plutôt que l'inverse, comme c'était le cas à l'époque.

L'étude de cette thématique nous aura ainsi permis de comprendre l'évolution de la relation entre marque et consommateur, qui semblerait s'être assainie en raison du développement de la société d'information où le consommateur semble jouer un rôle de plus en plus actif, lui permettant d'instiguer l'évolution de la sphère économique. Il semblerait ainsi que le consommateur ait repris les rênes et le contrôle de sa consommation.

Toutefois, le corollaire de cette place donnée au consommateur dans les choix des entreprises peut engendrer un risque pour le consommateur de contribuer à sa propre tromperie. En effet, en étant à l'initiative des stratégies commerciales des entreprises et guidant le choix de leurs opérations marketing, le consommateur prend alors le risque d'être pris à son propre piège et de guider les entreprises vers les éléments sur lesquels il sera plus sensible. Dès lors, on ne peut qu' encourager le législateur à développer les modes de protection du consommateur en cumulant les différents dispositifs légaux existants, en participant à la coopération des actions nationales et européennes

ANNEXES

<u>Annexe n°1</u> : Schéma illustratif du Brand Relationship Quality (BRD)



Source: Yuksel Ekinci, Tae-Hwan Yoon, Harmen Oppewal, An examination of the brand relationship quality scale in the evaluation of restaurant brands,in (ed.) 1 (Advances in Hospitality and Leisure, Volume 1), Emerald Group Publishing Limited, pp.189-197

Ce schéma illustre les éléments permettant de décrire la relation entre marque et consommateur. Le BRQ met en évidence les éléments sur lesquels les stratégies marketing jouent pour faire de la marque un outil d'attractivité du consommateur. La marque cherche alors à créer une « intimité », une « attache passionnée », voire même à engendrer de « l'amour » par un « engagement personnel ». La dimension relationnelle entre marque et consommateur se fait alors clairement ressentir à travers les travaux du Brand Relationship Quality.

<u>Annexe n°2</u> : Illustration d'une marque déceptive ou trompeuse : la marque BIO de Danone

Source :http://www.lhotellerie-restauration.fr/hotellerie-restauration/articles/2006/m_2962_02_fevrier_2006/Misez_sur_les_produits_laitiers.htm

La marque Danone a dû se conformer à une directive européenne sur la filière biologique et changer le nom de marque du yaourt en question. Il est en effet interdit de vendre des denrées périssables sous des vocables évoquant l'agriculture biologique dès lors qu'elles n'en sont pas issues spécifiquement. Les termes " Bio ", " Ecolo ", " Organique " et autres sont ainsi protégés. Cela afin de ne pas induire en erreur le consommateur.

<u>Annexe n°3 :</u> Illustrations de publicité ayant été considérées comme mensongères en raison des informations trompeuses qu'elles déployaient à l'encontre des consommateurs, qui pouvaient engendrer un risque de confusion sur les qualités substantielles réellement détenues par ces produits

Exemple de Nivea « My Silhouette gel-crème amincissant et remodelant »

Source : *http://www.dailymail.co.uk/femail/article-2010286/Nivea-fined-TV-ad-implying-My-Silhouette-cream-make-users-slimmer.html*

La marque Nivea silhouette avait été considérée comme trompeuse aux Etats-Unis et au Canada en raison du message trompeur donné à travers plusieurs indications trompeuses sur l'emballage de son produit et sur le site Web de Nivea. Ce produit a été estimé trompeur car il faisait croire que les consommateurs pourraient maigrir simplement en appliquant une crème pour la peau

Exemple de Candia « Silhouette active »

Tendance à manger trop ?
Silhouette active vous aide naturellement à manger moins*
Goût nature ou chocolat
NOUVEAU AU RAYON LAIT

Source : *http://www.miamz.fr/test/test-silhouette-active-le-lait-minceur-de-candia-4083/*

Candia a fait l'objet d'une condamnation pour publicité trompeuse sur son produit « Silhouette Active », suite à des avis négatifs rendus par l'Agence française de sécurité alimentaire sur le produit présenté comme un coupe-faim par Candia. L'agence reprochait notamment de fournir des informations sur le « bénéfice santé » du produit actif qui n'étaient pas scientifiquement fondés.

Annexe n°4 : Les pratiques de branding, tendant à devenir des pratiques commerciales trompeuses mettant en avant les marques

Illustration du branding :

- Le respect du commerce équitable par la marque « Starbucks »

Source : http://comandgreenwashing.blogspot.fr/2010/04/vraies-ou-fausses-initiatives.html

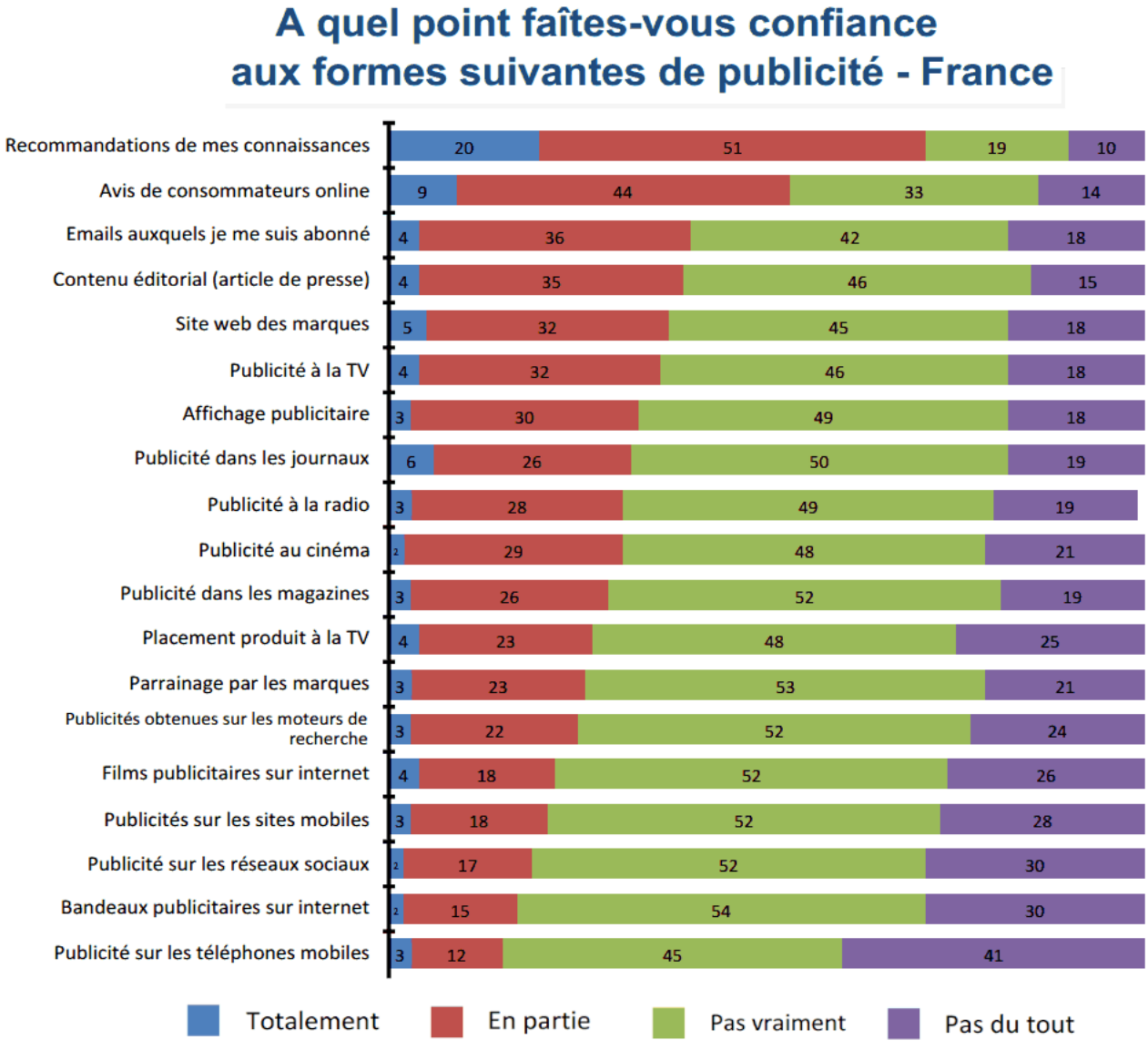
- Le respect de valeurs morales et éthiques par la marque « Monoprix »

Source : http://mystinguettcorner.wordpress.com/2013/05/10/association-l214-ethique-et-animaux/

Illustration de la dérive du branding quand elle en vient à constituer une pratique commerciale trompeuse : l'exemple du greenwashing opéré par General Motors.

Source : http://economiedurable.wordpress.com/category/cartographie/economie/

<u>Annexe n°5 :</u> Le consommateur : un standard de moins en moins crédule face aux formes de publicité proposées par les entreprises


A quel point faîtes-vous confiance aux formes suivantes de publicité - France
Recommandations de mes connaissances 20 51 19 10
Avis de consommateurs online 9 44 33 14
Emails auxquels je me suis abonné 4 36 42 18
Contenu éditorial (article de presse) 4 35 46 15
Site web des marques 5 32 45 18
Publicité à la TV 4 32 46 18
Affichage publicitaire 3 30 49 18
Publicité dans les journaux 6 26 50 19
Publicité à la radio 3 28 49 19
Publicité au cinéma 2 29 48 21
Publicité dans les magazines 3 26 52 19
Placement produit à la TV 4 23 48 25
Parrainage par les marques 3 23 53 21
Publicités obtenues sur les moteurs de recherche 3 22 52 24
Films publicitaires sur internet 4 18 52 26
Publicités sur les sites mobiles 3 18 52 28
Publicité sur les réseaux sociaux 2 17 52 30
Bandeaux publicitaires sur internet 2 15 54 30
Publicité sur les téléphones mobiles 3 12 45 41
Totalement
En partie
Pas vraiment
Pas du tout

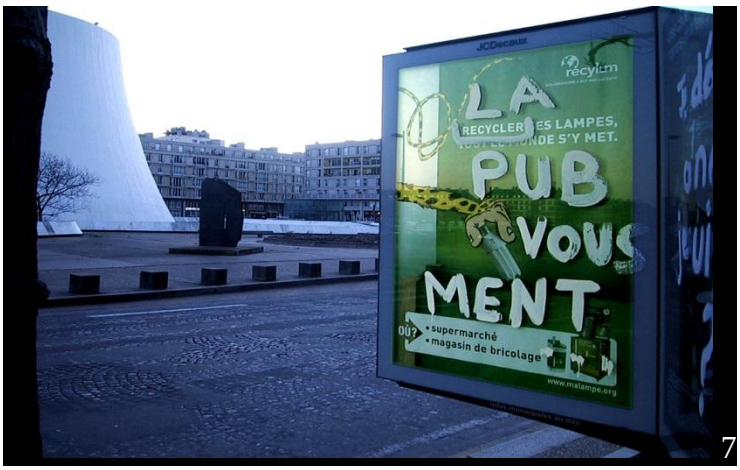
Source :http://www.collaboratif-info.fr/actualite/avis-de-consommateurs-en-ligne-la-defiance-des-francais-en-hausse

<u>Annexe n°6</u> : Le consommateur, un personnage souhaitant être informé face aux pratiques de communication des entreprises utilisant leurs marques sur internet

Selon-vous à quoi doit servir la communication numérique des entreprises et marques ?
Informer sur ses produits, son activité
71%
Apporter de nouveaux services, de nouvelles informations à ses clients
50%
Diffuser une image positive de la marque, de l'entreprise
35%
Créer ou restaurer la confiance que les clients ont envers la marque, l'entreprise
35%
Parler de ses actions, ses engagements
27%
Distinguer l'entreprise ou la marque de ses concurrents
19%
Expliquer et clarifier la stratégie et l'organisation de l'entreprise ou de la marque
13%
Protéger la réputation de l'organisation, ses produits et ses collaborateurs
10%

Source : http://www.leblogducommunicant2-0.com/humeur/sondage-exclusif-mediaprism-interroge-les-francais-sur-la-communication-numerique/

<u>Annexe n°7 :</u> Le consommateur un personnage actif, virulent, ne souhaitant plus être trompé par les stratégies de communication des entreprises qui mettent en avant leurs marques



7

Source : http://www.haute-normandie-decroissance.fr/?page_id=129

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS ..... **III**

SOMMAIRE ..... **IV**

LISTE DES ABREVIATIONS ..... **V**

INTRODUCTION **1**

PREMIERE PARTIE – LA MISE EN EVIDENCE DE LA TROMPERIE PAR LA MARQUE **8**

CHAPITRE 1 : L'APPARITION DE LA TROMPERIE EN MATIERE DE MARQUE 9

Section 1. Approche juridique de la tromperie *9*

I. Conception objective de la tromperie 9

A. L'acte de tromperie 9

1. Le fait générateur de la tromperie : par voie d'action ou d'omission 9

2. La tromperie : une notion juridique polymorphe 10

B. L'acte de tromperie en droit français et allemand : délit de tromperie contre acte de concurrence déloyale 11

1. La tromperie : une infraction propre au droit de la consommation français 12

2. La tromperie : un acte de concurrence déloyale en droit allemand 13

II. Conception subjective de la tromperie 13

A. L'intention de l'auteur de la tromperie 13

B. La perception de la tromperie par ses victimes 14

Section 2. Application de la tromperie à la marque *15*

I. Détermination de l'objet de la tromperie appliquée à la marque 16

A. L'application de la tromperie sur les éléments matériels de la marque 16

1. Elément matériel intrinsèque : le signe en lui-même 16

2. Elément matériel extrinsèque : les produits et services sur lesquels la marque est apposée 18

B. L'application de la tromperie sur les éléments immatériels de la marque 18

1. Marque notoire et marque renommée 19

2. L'image de marque 19

II. Détermination des effets engendrés par la tromperie appliquée à la marque 20

A. L'effet néfaste de la tromperie sur l'intégrité du système du droit de marque 21

1. Définition des fonctions de la marque 21
2. Atteinte portée aux fonctions de la marque par la tromperie 22
B. « L'effet relatif » de la tromperie par la marque sur les tiers consommateurs et concurrents 24
1. Le consommateur victime, le reflet d'une conception de la tromperie à la française 24
2. Les concurrents et la concurrence, le reflet de la conception allemande de la tromperie 27
CHAPITRE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA TROMPERIE PAR LA MARQUE 29
Section 1. La marque elle-même trompeuse *29*
I. L'appréhension du phénomène de déceptivité par les droits français, allemand et européen 30
A. La naissance de la tromperie par la marque elle-même 30
1. Une définition harmonisée de la déceptivité 31
2. La qualification de la déceptivité 31
B. L'objet de la tromperie : le signe composant la marque 32
1. Typologie de la tromperie par la marque elle-même : nature, qualités, provenance géographique des produits ou services 32
2. Portrait-robot de la tromperie par la marque elle-même 34
II. L'appréciation de la tromperie en matière de marque par rapport au consommateur 36
A. L'appréciation objective de l'acte de tromperie par la marque elle-même 36
1. Le contenu de l'appréciation 36
2. Le moment de l'appréciation 37
B. L'appréciation subjective de l'acte de tromperie par la marque quant à la perception du consommateur 37
1. Détermination du public auquel est destinée la marque trompeuse 38
2. Détermination du standard d'appréciation : le consommateur moyen d'attention moyenne 39
Section 2. L'utilisation trompeuse de la marque *40*
I. Le mauvais usage de la marque par le titulaire 40
A. La dégénérescence de la marque devenue trompeuse 41
1. La survenance de la dégénérescence 41
2. La déchéance comme conséquence de la dégénérescence 43

B. Les difficultés de mise en œuvre de la dégénérescence 44
1. La preuve de la survenance de la tromperie : probatio diabolica ? 44
2. Le doute quant à la réelle probabilité de survenance d'une telle tromperie 45
II. L'utilisation de la marque dans son environnement économique 47
A. L'exploitation économique de la marque par le titulaire ou des tiers agréés 47
1. Les pratiques commerciales trompeuses 48
2. L'utilisation de la marque par le cessionnaire ou le licencié 56
B. L'utilisation illicite de la marque par des tiers 56
1. L'utilisation illicite du signe composant la marque 56
2. La tromperie du consommateur par la contrefaçon de marque : « les contrefaçons déceptives » 57

DEUXIEME PARTIE - LES MOYENS DE TRAITEMENT DE LA TROMPERIE APPLIQUEE A LA MARQUE EN VUE DE PROTEGER LE CONSOMMATEUR 61

CHAPITRE 1 : LA POTENTIALITE DU DROIT DES MARQUES 63
Section 1. Une potentialité avortée *63*
I. Les effets indirects de protection du consommateur par le droit des marques 63
A. Un outil efficace pour éviter la tromperie du consommateur par la marque 63
1. Un moyen efficace de prévenir la tromperie par la marque elle-même 64
2. Un complément au dispositif de protection du consommateur du droit de la consommation 65
B. Un moyen de combattre la tromperie du consommateur par la marque 67
1. La sanction de la déceptivité de la marque : l'annulation 67
2. Le dispositif de lutte contre la contrefaçon 68
II. L'inopérance des moyens octroyés par le droit des marques pour protéger le consommateur d'une tromperie par la marque 69
A. L'insuffisance des moyens détenus par le droit des marques pour prévenir de l'ensemble des hypothèses de tromperie 69
1. Le droit des marques ne couvre pas la tromperie sur les produits et services 69
2. Le droit des marques ne peut gérer efficacement l'utilisation du signe trompeur 70
B. Les moyens inefficaces de sanction de la tromperie du consommateur en droit des marques 72
1. L'absence de recours concrets pour le consommateur 72
2. L'absence de sanctions de la tromperie prévu le droit des marques 73

Section 2. Une potentialité mort-née *73*

I. La volonté réelle de faire du droit des marques un véritable outil de protection du consommateur 74

A. Le déploiement de nouvelles fonctions attribuées à la marque : le dispositif théorique 74

1. Vers une fonction de garantie à une fonction de qualité ? 74

2. De nouvelles fonctions induites par un contexte économique modifiant le comportement du consommateur 75

B. L'émergence de marque dotée de fonction consumériste : le dispositif pratique ... 76

1. Emergence de marque de « qualité » 76

2. Encouragement des labels 77

II. Le droit des marques n'est pas fait à la base pour protéger le consommateur 78

A. La déformation du droit des marques comme outil de protection du consommateur face à la tromperie 78

1. L'absence de caractère consumériste conféré au droit des marques : un droit dirigé vers la protection de la propriété du titulaire 78

2. La retour de la tendance d'une fonction essentielle de la marque excluant la protection du consommateur: le nouveau paquet marque de 2013. 80

B. La lutte contre la tromperie en droit des marques : un prétexte pour réaliser d'autres objectifs que ceux de protéger le consommateur 80

1. Une lutte contre la tromperie par la marque induite par des intérêts commerciaux stratégiques 81

2. Une lutte contre la tromperie par la marque imposée par des impératifs d'intérêts supérieurs 81

CHAPITRE 2 : LA PREPONDERANCE DU DROIT DE LA CONSOMMATION ET DE LA CONCURRENCE DELOYALE 84

Section 1. Le consommateur bénéficiaire de protection *84*

I. Les mesures effectives de protection du consommateur face à la tromperie par la marque 85

A. La protection directe du consommateur par le droit de la consommation 85

1. La proclamation de la protection du consommateur par le droit de la consommation 85

2. Les voies de recours offertes au consommateur par le droit de la consommation ... 87

B. La protection indirecte du consommateur par le droit de la concurrence déloyale en cas de tromperie par la marque 89
1. La priorité de la protection de la concurrence 90
2. Des voies de recours indirects spécifiques pour le consommateur 92
A. L'évaluation de l'efficacité dans le traitement de la tromperie 93
1. Le droit de la consommation, dispositif préventif 94
2. Le droit de la concurrence déloyale, dispositif répressif 95
B. L'évaluation de l'efficience de la protection du consommateur face à cette tromperie par la marque 96
1. Le relativisme de la portée réelle des actions de protection du consommateur prévues par le droit de la consommation 96
2. Une effectivité indirecte mais significative par le droit de la concurrence sur la protection du consommateur 97
Section 2. Le consommateur acteur de sa protection *99*
I. L'extension des capacités cognitives du consommateur 99
A. Un consommateur toujours plus averti 99
B. Un consommateur toujours plus perspicace 100
II. L'extension des aptitudes défensives du consommateur 101
A. Un consommateur toujours plus actif 102
B. Un consommateur toujours plus virulent 102
CONCLUSION 104
ANNEXES I
TABLE DES MATIERES VIII
BIBLIOGRAPHIE XIII

BIBLIOGRAPHIE

- **Ouvrages généraux:**

AZEMA, J., GALLOUX, J-C., Droit de la propriété industrielle, Dalloz-Précis Dalloz, 7éd. 11 Janvier 2012.

BEUKELMAN, S., dans **VON HEINTSCHEL-HEINEGG, B.,** Strafgesetzbuch, StGB, Beck'scher Online-Kommentar, Edition 23, Verlag C.H.Beck, 2013.

BERTRAND, A. R., Droit des marques, 2ème édition, Dalloz, 2005.

BINCTIN, N., Droit de la propriété intellectuelle, L.G.D.J, 2ème édition, 2012.

CALAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., Droit de la consommation, Précis Dalloz, 8ème édition, 2010.

FEZER, K-H., Markenrecht, Verlag C.H.Beck, 4.Auflage, 2009.

GALLOUX, J-C., Droit de la propriété industrielle, Coll. "Cours Dalloz-Série Droit privé", 2ème éd., 2003.

GENEREUX, J., Economie Politique, Vol.2 Microéconomie, Hachette 7ème édition, mai 2014.

GHESTIN, J., GOUBEAUX, G., avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 4ème édition1994.

GRABITZ, E., HILF, M., Das Recht der Europäischen Union, Verlag C.H.Beck, 40. Auflage, 2009.

HARTE-BAVENDAMM, H., HENNING-BODEWIG, F., Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), C.H.Beck, 3. Auflage, 2013.

KÖHLER,H., BORNKAMM, J.,, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG mit PAngV, UKlaG, DL-InfoV, Verlag C.H.Beck, 32. Auflage, 2014.

LANGE, P., Internationales Handbuch des Marken- und Kennzeichenrechts, 1.Auflage Verlage C.H.Beck, 2009.

MARINO, L., Droit de la propriété industrielle, Les mémentos Dalloz : Droit de la propriété intellectuelle, 8e éd., Paris : Dalloz, 2013.

MARINO, L., Droit de la propriété intellectuelle, 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 2013.

MARTEAU-ROUJOU DE BOUBEE, J., Les marques déceptives, Collection du CEIPI, Litec, 1992.

PASSA, J., Traité de droit de la propriété industrielle, Droit de la propriété industrielle, Tome 1, 2ème édition, L.G.D.J., 2009.

PIEDELIEVRE, S., Droit de la consommation, éd. Economica, 2008.

PLANIOL, M., Dol civil et dol criminel, La revue critique de législation et de jurisprudence, 1893.

POLLAUD-DULLIAND, F., Propriété intellectuelle, La propriété intellectuelle, éd. Economica, 2011.

RAYMOND, G., Droit de la consommation, LexisNexis Litec, 2ème édition, 2011.

REINHARD, Y., THOMASSET-PIERRE,S., NOURISSAT, C., Droit commercial, LexisNexis, 6ème éd., 2010.

SCHMIDT-SZALEWSKI, J., PIERRE, J-L., Droit de la propriété industrielle, LexisNexis Litec, 4ème édition, 2007.

VON DER GROEBEN, H., SCHWARZE, J., Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 3, 6. Auflage 2003.

- **Thèse et monographies:**

ALBRECHT, F., Irreführung von Marken als Eintragungshindernis sprachlich betrachtet-Können Wörter überhaupt noch täuschen, GRUR 2003.

AMBROISE-CASTEROT, C., Rubrique Consommation, Répertoire Droit pénal et Procédure pénale, Encyclopédie Dalloz, mai 2009 mis à jour janvier 2014.

AUBERT DE VINCELLES, C., SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur, Recueil Dalloz. 2014.

BARDOU, J., La politique de marques de l'entreprise Les difficultés liées au choix de la marque : le point de vue du droit, Dossier Le Droit des marques en effervescence, Droit et Patrimoine, 1999.

BASIRE, Y., Les fonctions de la marque : essai sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif, sous la direction de M. Yves Reboul, soutenue à Strasbourg en 2011.

BASIRE, Y., La coexistence des marques composées d'un toponyme : retour sur la saga « Cheval Blanc », Propriété industrielle n° 4, étude 11, Avril 2014.

BASIRE, Y., Quel futur pour le régime des marques nationales ?, alerte 51, Propriété industrielle n° 7-8, Juillet 2013.

BOUZAT, P., Tromperie sur les marchandises, publicité mensongère, RTD Com. 1990.

BOUZAT, P., Contrefaçon de marque. Détention de produits contrefaits, Tromperie sur les qualités substantielles de la marchandise, Usage de faux en écriture de commerce, RTD com. 1994. 137

BOUCHE, N., La déchéance de la marque devenue déceptive, RJDA 2002, p.183-191.

CARON, C., Chronique Propriété industrielle, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 2, 8 Janvier 2009.

CARREAU, C., Publicité fausse ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie Dalloz, octobre 2004.

CHEVRIER, E., Déceptivité d'une marque et droit de la consommation, Com. 21 janv. 2014, FS-P+B, n° 12-24.959, Dalloz actualité 06 février 2014.

CORNU, G., La protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français, Travaux de l'association Capitant, t. XXIV, 1973.

CRAMPES, C., La politique de marques de l'entreprise La valeur économique des marques, Droit et Patrimoine, 1999.

DAOUD, E., GAMBETTE, C., Faut-il encore caractériser l'élément intentionnel dans le délit de tromperie, Chroniques, Lamy Droit pénal des affaires, Septembre 2011, n°109.

DE BOISSE, P., Marques et marques, La revue des marques, n°81, janvier 2013.

DE MATTOS, O., Sept nouveaux plans pour la Nouvelle France industrielle, Propriété industrielle n° 7-8, alerte 57, Juillet 2014.

DERNONCOURT, C., Marques et collectivités territoriales : enregistrement et protection contre les usurpations en droit européen et en droit français, Propriété industrielle n° 7-8, étude 18, Juillet 2014.

DOMERGUE, M., "Fairwashing" : Samsung pris au mot, Alternatives Economiques n° 323 - avril 2013.

DURRANDE, S., Droit des marques juin 2007 - septembre 2008, Recueil Dalloz, 2009.

ERESEO, N., Les pratiques commerciales trompeuses, JurisClasseur Communication, Fascicule n°3480, 5 Octobre 2009.

FRIANT-PERROT, M., Le consommateur vulnérable à la lumière du droit de la consommation de l'Union européenne, RTD eur., 2013.

GALLOUX, J-C., Les dispositions de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie relatives à la propriété intellectuelle (JO n° 0181 du 5 août 2008), RTD Com. 2008 p. 720

GARDNER D., Deception in advertising: A conceptual approach, Journal of Marketing, Vol. 39, 1975.

GAUMONT-PRAT, H., UE : la Commission propose des mesures pratiques pour lutter contre la contrefaçon et le piratage, à propos de la Communication de la Commission, COM (2009) 467 final, 11 sept. 2009, Propriété industrielle n° 11, alerte 150, Novembre 2009.

GOUGE, E., L'HONNEN-FROSSARD, L., Développements communautaires récents en matière de publicité comparative, Propriété industrielle n° 4, Avril 2008, étude 8.

KÖHLER, K., Irreführende vergleichende Werbung, GRUR 2013.

LARRIEU, J., A couteaux tirés, comm. 29, TGI Paris, 3e ch., 4e sect., 13 sept. 2012, n° 10/08800, Cne de Laguiole c/ G. Szajner, L. Szajner, Sté Laguiole SA et Sté Laguiole Licences SAS, Propriété industrielle n° 4, Avril 2013.

LASSEMBLEE-LEON, F-G., La contrefaçon sur internet : nouvelles difficultés, nouveaux enjeux, AJ Pénal 2012.

LEGEAIS, D., Concurrence déloyale et parasitaire, JurisClasseur Commercial, Fascicule n°254, 15 Janvier 2009.

LEIBLE, S., EuGH : Irreführung von Verbrauchern, EuZW 1998.

LE STANC, C., Agitation législative Propriété industrielle n° 5, Mai 2014, repère 5.

LUBY, M., Protection des consommateurs : publicité et communications commerciales
(Dir. n° 2005/29, 11 mai 2005, JOUE n° L. 149, 11 juin 2005, p. 22), RTD Com. 2005.

MASCALA, C., Rubrique Escroquerie, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie Dalloz, novembre 2001, mis à jour janvier 2014.

MEY, B., EBERLI, T., Die Verwendung der Bezeichnung „Made in Germany“ im europäischen und internationalen Kontext, GRUR Int. 2014.

MOURRE, J., Pratiques commerciales déloyales : cadre communautaire et transposition en droit français, Dalloz actualité, 14 octobre 2011.

MONTEIRO, J., La marque valable : examen des décisions majeures concernant l'appréciation des motifs absolus, Propriété industrielle n° 3, Mars 2006, étude 6.

PASSA, J., L'incidence de la fonction de la marque sur l'obtention ou la validité et le maintien en vigueur du droit, Propriété industrielle n° 10, Octobre 2010, dossier 4.

PASSA, J., Les rapports entre droit des marques et droit de la publicité comparative : un risque d'affaiblissement de la protection de la marque (à propos des affaires préjudicielles O2 Holdings et L'Oréal c/ Bellure), Propriété industrielle n° 10, Octobre 2008, étude 20.

PASSA. J., Concurrence-Responsabilité civile, Chronique, Propriétés Intellectuelles n°15, Avril 2005.

PASSA, J., Le droit des marques et le consommateur, études, Supplément, Revue Lamy Droit des affaires, 2004.

PENNEAU, A., La certification, JurisClasseur Environnement et Développement Durable, Fascicule 5300, 1er Janvier 2013.

PIATTI, M-C., Le consommateur : arlésienne de la propriété intellectuelle, Revue Lamy Droit des Affaires, décembre 2004.

PIGASSOU, P., AMBROISE- CASTEROT, C., Rubrique Fraudes, Recueil Fraudes et falsifications, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Encyclopédie Dalloz, janvier 2009.

PIROVANO, A., La concurrence déloyale en droit français, Revue internationale de droit comparé, Volume 26, n°3, 1974

PORACCHIA, D., MAETZ, C-A., Cession de marque constituée par un patronyme notoire et déceptivité, Recueil Dalloz 2006, p.2109

RAYMOND, G., Pratiques commerciales déloyales et agressives, JurisClasseur Concurrence-Consommation, Fascicule n°900, 15 Novembre 2008 (mis à jour le 1er Octobre 2013).

RAYMOND, G., Publicité Règles générales, JurisClasseur Commercial, Fascicule 930, 1er Septembre 2002.

RAYMOND, G., Information du Consommateur, JurisClasseur Concurrence-Consommation, Fascicule 845, 2 avril 2012 mis à jour le 1er octobre 2013.

REQUENA, G., L'évolution récente de la jurisprudence française en matière d'appréciation de la contrefaçon de marque, Recueil Dalloz 2001, p.3602.

ROCHFELD, J., Protection du consommateur - Pratiques commerciales déloyales ou trompeuses, Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. JO 5 août 2008, p. 12471 RTD Civ. 2008 p. 732.

ROTHMANN, J-M., Les pratiques commerciales trompeuses - La publicité mensongère, INC Document, J. 138 / 12- 08, INC Hebdo No 1497 1er -7 décembre 2008.

ROUJOU DE BOUBEE, I., Marques - Signes illicites ne pouvant constituer des marques valables, JurisClasseur Marques - Dessins et modèles, Fascicule n°7115, 16 septembre 2013 (mis à jour le 26 février 2014).

SCHAMING, B., Appellation d'origine et marques : une symbiose conflictuelle face aux exigences du marketing, Recueil Dalloz 2001.

ULLMO, Y., Quelques réflexions sur la protection du consommateur, Revue d'économie financière, Vol.25, N°25, Droit et finance, 1993.

- **Autres :**

Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle, AIPPI, Question 95, L'usage des marques d'autrui sans danger de confusion, Annuaire 1989/II, pages 290-294

Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle, AIPPI, Question 80, Les marques et la protection du consommateur, Annuaire 1984/I, pages 81 – 84

COM